

互联网+

主编：卢卫
副主编：石现升
执行主编：李美燕



互联网法律

“互联网+”时代的法治探索

中国互联网协会◎编著

电子工业出版社

Publishing House of Electronics Industry

北京•BEIJING



主 任:

卢 卫 中国互联网协会秘书长

副主任:

石现升 中国互联网协会副秘书长

成员（按姓氏笔画排序）:

王 迁 华东政法大学教授

王俊林 北京市盈科律师事务所高级合伙人、律师

王洪亮 清华大学法学院教授

王 淇 国家知识产权局知识产权发展研究中心副研究员

王 琪 中国互联网电子数据研究院研究员

王 磊 新浪网技术（中国）有限公司高级法律顾问

王 澍 奇虎 360 知识产权经理

龙卫球 北京航空航天大学法学院院长、教授

田小军 腾讯研究院法律研究中心研究员

司 晓 腾讯公共战略研究部总经理、腾讯研究院秘书长

朱 巍 中国政法大学新闻传播学院副主任、副教授

刘庆峰 国家知识产权局专利局审查员

刘政操 腾讯公司法务综合部视频维权总监

刘 振 北京小米科技有限责任公司法务总监

刘继峰 中国政法大学竞争法研究中心副主任、教授、中国商业法研究会副会长

- 许长帅 中国信息通信研究院工程师
- 李美燕 中国互联网协会研究部主任助理
- 李爱君 中国政法大学金融创新与互联网金融法制研究中心主任、金融财税法所教授，中国银行法学研究会副秘书长
- 李海英 中国信息通信研究院互联网法律研究中心主任
- 李 颖 北京市海淀区人民法院中关村法庭庭长
- 李 睿 奇虎 360 专利顾问
- 李慧颖 工业和信息化部电子知识产权中心副主任
- 肖建华 北京航空航天大学法学院教授
- 肖建国 中国人民大学教授
- 吴汉洪 中国人民大学产业经济与竞争政策研究中心主任、经济学院教授，国务院反垄断委员会专家咨询组成员
- 谷海燕 新浪网技术（中国）有限公司法务总监
- 张 平 北京大学知识产权学院常务副院长、法学院教授
- 张金平 北京大学法学院博士研究生
- 张钦坤 腾讯研究院法律研究中心副秘书长
- 张 楚 中国政法大学知识产权研究中心主任、教授，中关村知识产权法律保护研究院执行院长
- 陆希玉 中国互联网协会研究部主任助理
- 陈际红 中伦律师事务所合伙人、律师
- 陈 敏 北京市海淀区人民法院中关村法庭法官
- 苗 权 中国互联网协会研究部主任助理
- 林子英 北京市朝阳区人民法院知识产权庭庭长，最高人民法院知识产权司法保护研究中心研究员
- 周汉华 中国社会科学院法学研究所研究员，国家信息化专家咨询委员会委员、中国法学会信息法学研究会副会长
- 赵精武 北京航空航天大学博士研究生

胡 钢	中国互联网协会研究中心秘书长，北京市潮阳律师事务所律师
姜琨琨	北京市海淀区人民法院法官
袁 博	上海市第二中级人民法院法官
柴芳墨	北京航空航天大学法学院博士研究生
徐 俊	腾讯研究院法律研究中心助理研究员
徐 敏	中国互联网电子数据研究院副院长，杭州安存科技创始人
黄 晶	奇虎 360 知识产权总监
常 悦	清华大学法学院硕士研究生
康彦荣	阿里巴巴法务部法律研究总监
董笃笃	中国人民大学经济学院博士后
蒋志培	原最高人民法院民事审判第三庭庭长，中国人民大学兼职教授，北京外国语大学兼职教授
蔡维德	北京航空航天大学千人计划教授
蔡雄山	腾讯研究院法律研究中心首席研究员
薛 军	北京大学法学院副院长、教授
魏 嘉	北京市东城区人民法院知识产权庭负责人

主 编：卢 卫

副 主 编：石现升

执行主编：李美燕

出版统筹：刘九如

策划编辑：刘声峰 黄 菲

文字编辑：高莹莹



高卢麟

中国互联网协会副理事长

2016 年是我国接入国际互联网的第 22 年，经过二十多年的发展，我们已经拥有了世界上最具规模的宽带通信网络，成为了全球网民数量最多的国家，拥有了全球最具竞争力的信息消费市场。我国互联网市场经过了筚路蓝缕的一无所有、井喷式的爆发阶段后早已进入了千家万户，成为名副其实的网络大国。

然而，互联网发展绝非以大国为标准，强国才是。尤瓦尔·赫拉利在《人类简史》中这样说道，探究现代社会的特色，就如同追问变色龙的颜色一样困难。我们唯一能够确信的是，它会不断改变，是一场永远的革命。移动互联网及物联网的兴起、“工业 4.0”、“互联网+”战略等方兴未艾，给人类历史画上了浓墨重彩的一笔。在这样一场变革中，发展战略与全球变革的节奏同步与否起着至关重要的决定作用。当前，以互联网为代表的新一轮科技革命和产业革命正深刻诠释着人类进步的征程，给世界产业技术和分工格局调整带来革命性的影响。我国互联网以前所未有的速度与经济社会各领域深度融合，成为增进民生福祉与拉动信息消费的重要手段，发挥双创与四众平台集众智汇众力的乘数效应，成为促进产业融合发展与经济转型的重要引擎，进一步塑造着国家数字竞争力，尤其是在我国全面建成小康社会决胜的关键阶段，适应经济发展新常态与建设网络强国是这个时代的呼唤，也是中国梦的基石。

互联网的价值在于其不仅改变了传统的商业模式、生活理念与学术话语，更为社会治理和行政决策提供了新的指引和要求。如何在提高监管效率和促进社会个体发展之间形成共赢是 21 世纪必须重点思索的问题。“互联网+”时代将为互联网监管带来全新的挑战，内部挑战在于如何打造体系化的网络治理模式，并在促进发展和监管之间形成动态平衡，国家一再重申：互联网非法外空间。维护市场公平竞争、督促互联网企业履行好社会责任和道德责任，为广大网民营造良好的网络空间环境是“互联网+”时代党与国家赋予我们的新使命。外部挑战在于如何因势利导、顺势而为，打造网络强国，抢占中国互联网发展先机，完成中华民族的伟大复兴。

我们都清楚地知道，互联网终将改变人类社会，但是如何改变却无人给出清晰的答案。而互联网法律是互联网技术发展应当遵守的规则。但是，互联网法律又往往落后于互联网技术发展，需要研究的问题很多。很高兴的是，《互联网法律》就是这样一部面向问题的专著，翻开此书，你将找到属于这个时代的答案。希望今后能有更多的互联网法律专著问世，以适应互联网发展需求。一本好书的价值在于其可以突破空谈战略，真正给出症结之所在和可能的解决方案。

是为序。



第01辑 立法思考

- 01 互联网法律的国际经验 | 周汉华 | 002
- 02 互联网时代的中国电子商务立法 | 薛 军 | 016
- 03 我国网络安全规制的治理思维与架构 | 龙卫球 赵精武 | 025
- 04 网络法基本问题之探讨 | 张 楚 | 046
- 05 网络信息技术对民事诉讼法司法解释之影响 | 肖建华 柴芳墨 | 064
- 06 互联网反竞争行为之竞争法解决路径分析 | 刘继峰 | 079
- 07 论互联网金融法治路径 | 李爱君 | 095
- 08 “互联网+”对民法典编撰的影响 | 朱 巍 | 102
- 09 网络安全审查立法若干问题的思考 | 许长帅 | 121

第02辑 理论研究

- 01 开源软件知识产权问题研究 | 李美燕 石现升 | 132
- 02 网购合同诉讼管辖权问题研究 | 肖建国 | 196
- 03 电子游戏直播的著作权问题研究 | 王 迁 | 207

- 04 互联网时代知识产权行政管理体制改革的法治方向研究 | 王 淇 | 219
- 05 “互联网+”时代的互联网法治创新 | 李海英 | 232
- 06 从互联网平台信息中介的属性出发探索治理新路径 | 康彦荣 | 240
- 07 “互联网+”下的社交媒体网规研究 | 谷海燕 王 磊 | 251
- 08 大数据应用与个人信息保护的平衡考虑 | 陈际红 | 263

第 03 辑 问题争鸣

- 01 网络广告欺诈性点击的规制 | 吴汉洪 董笃笃 | 274
- 02 互联网交易中消费者撤回权问题与对策 | 王洪亮 常 悦 | 284
- 03 我国互联网领域的竞争问题及法律规制现状分析 | 李慧颖 | 299
- 04 体育赛事网络转播画面的知识产权保护 | 林子英 | 307
- 05 Robots 协议在互联网搜索中的竞争分析 | 王俊林 | 323
- 06 论利用外挂制造、销售游戏币的行为性质 | 袁 博 | 332
- 07 网络安全中的电子数据相关问题研究 | 石现升 苗 权 陆希玉 | 338
- 08 网络云盘版权侵权问题及规制对策 | 司 晓 刘政操 | 352
- 09 互联网专利界定和审查建议 | 王 澍 刘庆峰 李 睿 黄 晶 | 359
- 10 互联网机顶盒著作权侵权案件中不同主体的侵权责任认定 | 刘 振 | 370
- 11 大数据时代的个人信息属性及商业利用原则探析 | 王 磊 | 377
- 12 快播案的法律分析 | 胡 钢 | 389
- 13 “互联网+”时代信息技术在司法领域的应用 | 徐 敏 王 琪 | 394

第04辑 调研报告

- 01 欧美跨境数据转移法律博弈之考察 | 张金平 张 平 | 408
- 02 涉浏览器不正当竞争案件的调研报告 | 李 颖 陈 敏 | 455
- 03 移动互联网环境下文字作品著作权保护问题调研报告 | 魏 嘉 | 470
- 04 网络约车监管研究报告 | 蔡雄山 徐 俊 | 488
- 05 涉网络商标侵权案件的调研报告 | 李 颖 姜琨琨 | 517
- 06 中国互联网版权新型问题调研报告 | 司 晓 张钦坤 田小军 | 540

第05辑 法治漫谈

- 01 以法治为互联网创新护航 | 卢 卫 | 562
- 02 我国网络版权司法保护的回顾与展望 | 蒋志培 | 566
- 03 慈善事业的公信力契机 | 蔡维德 赵精武 | 589



第 01 辑 立法思考



01 互联网法律的国际经验

周汉华

中国社会科学院法学研究所研究员

国家信息化专家咨询委员会委员

中国法学会信息法学研究会副会长

20 世纪 90 年代中期互联网大规模兴起之初,曾经有过非常短暂的主张不规制阶段,认为网络空间不同于现实社会,现实社会的规则不能适用于网络空间¹。这种过于理想化的主张很快被理论和实践所抛弃²,随后进入 20 世纪 90 年代中后期的严格规制阶段,对于互联网的一些规制措施甚至要强于现实社会的行为规范³。这样的规制方法既不符合互联网本身的规律,也不利于信息社会的发展。

1 标志性事件是 1996 年美国学者巴洛发布的《网络空间独立宣言》宣布:“你们关于财产、表达、身份、迁徙的法律概念及其情境对我们均不适用。所有的这些概念都基于物质实体,而我们这里并不存在物质实体。”[美]约翰·P. 巴洛著,李旭、李小武译,高鸿钧校,《网络空间独立宣言》,载高鸿钧主编《清华法治论衡》第四辑,清华大学出版社,2004 年版,第 509-511 页。相关典型主张还可见如,David R. Johnson, David Post, LAW AND BORDERS--THE RISE OF LAW IN CYBERSPACE, 48 Stan. L. Rev. 1367 (1996); Henry H. Perritt, Jr. CYBERSPACE SELF-GOVERNMENT: TOWN HALL DEMOCRACY OR REDISCOVERED ROYALISM? 12 Berkeley Tech. L.J. 413 (1997)。

2 最为著名的是莱斯格教授编写了迄今为止在互联网治理与法律方面影响最大的专著,论证了互联网规制的必要性与可能性,并提出了通过规制网络架构进而影响网络行为的主张。Lawrence Lessig, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE, 43 (1999)。

3 对于美国法院在《数字千禧年版权法》颁布之前对互联网服务提供商适用严格责任判例的介绍,可见如,王迁,《<信息网络传播权保护条例>中“避风港”规则的效力》,载《法学》2010 年第 6 期,第 129 页。

因此，很快进入选择性规制的第三阶段，针对互联网架构与技术本身的特点，制定针对性强的互联网法律⁴。基于对各国互联网法律的归纳与类型化，本文将网络空间区分为底层的关键信息基础设施、中间层的互联网服务提供商与应用层的互联网信息三个层面⁵。互联网带来的挑战，在这三个层面不尽相同，回应这些挑战的立法活动，构成了各国互联网法律的基础与重点领域⁶。

1. 关键信息基础设施保护立法

网络空间的基础在于计算设备的互联⁷，由此实现全球范围的互联互通，为社会关系网络化提供信息基础设施支撑。然而，美国军方 20 世纪 60 年代设计互联网之初，目的在于设计一套能够抵御包括核攻击在内的通信网络，因此，早期的互联网基础协议强调的是网络的开放性、扁平化与灵活性，安全本不在考虑范围之内。20 世纪 90 年代初互联网大规模民用之后，由于安全投入缺乏直接回报，过高的安全要求会抑制应用的便利性，网络内在的安全缺陷在市场机制之下进一步暴露⁸。同时，随着信息化的扩散，金融、交通、能源、应急保障、政府管理等传统基础设施行业与领域全面网络化，网络空间与现实社会快速融合，信息基础设施一旦遭到攻击，直接关系公共秩序、国家安全与公共利益。信息基础设施互联在带来巨大益处的同时，安全风险外溢的边界也在同步延伸，任何一点被突破，都有可能产生连锁反应和系统性影响。

4 对于互联网立法三次浪潮的归纳，可见如，Eric Goldman, *The Third Wave of Internet Exceptionalism*, in Berin Szoka & Adam Marcus (ed.), *THE NEXT DIGITAL DECADE: ESSAYS ON THE FUTURE OF THE INTERNET*, 165 (2010)。

5 从网络技术架构而言，通常将互联网区分为底层的物理层、中间层的逻辑层或代码层以及顶层的内容层。可见，[美]劳伦斯·莱斯格著，李旭译，《思想的未来：网络时代公共知识领域的警示喻言》，中信出版社，2004 年版，第 23 页。

6 各国根据本国法律制度的特点，有的采用直接制定新法律的形式，有的采用判例法形式，有的采用修改现行法律的形式。

7 “现代的互联网不过是一个计算机通过电报线（或者我们现在说的电话线、宽带、电缆）连接一切的网络”。[美]杰弗里·斯蒂伯著，李昕译，《我们改变了互联网还是互联网改变了我们？》，中信出版社，2010 年版。

8 ITU, *A Comparative Analysis of Cybersecurity Initiatives Worldwide*, 6 (2005)。

面对巨大的安全风险，各国法律的回应可以分为两个方面。一是努力使传统法律能够适应互联网时代的要求，能够有效打击侵犯网络空间安全的各种违法犯罪行为，其特点是规范对象具有一般性，并以事后制裁为主要威慑手段⁹。二是围绕传输网络、重要数据库、重要业务系统等“关键信息基础设施”，通过专门立法设计有效的过程监管制度，最大限度预防风险的发生。关键信息基础设施保护立法的规范对象具有特殊性，规范手段具有多样性，核心是使关键信息基础设施的所有者或者运营者承担相应的社会责任和法律义务，并通过组织保障、风险预警、公私伙伴关系、技术准备、应急响应、国际执法合作等全方位措施，形成多元主体共同参与安全治理的格局¹⁰。

2000年，俄罗斯首先制定《信息安全原则》，明确了信息安全中的重大问题。“9·11”事件之后，美国于2003年2月出台《保护网络空间国家战略》。目前，已经有超过40个国家制定网络空间国家安全战略，都强调了法律在维护网络空间国家安全方面的作用¹¹。比如，美国《网络空间国际战略》涉及的七个重要领域之一是推动法治与执法领域的国际合作。法国《网络空间安全战略》明确了七个行动领域，其中之一是修改法律，强调“我们的立法与监管结构必须反映技术发展”¹²。南非《网络空间安全战略（草案）》指出：“南非有各种针对网络空间安全的法律规定，但是，这些规定不能充分应对国家有效打击网络犯罪的法律挑战。消除技术与法律之间的鸿沟仍然是一项根本性的挑战。”¹³印度《国家网络

9 《布达佩斯网络犯罪公约》是目前唯一规范互联网信息安全与网络犯罪的国际法律文件，目前已经有47个国家签署。该公约是在欧洲理事会框架下制定的，但签署也对其他国家开放，因此是一个开放的国际法律文件。作为世界上第一部防控网络犯罪的国际公约，其宗旨在于协调各国刑事实体法中关于网络犯罪的条款，为各国刑事诉讼法设计必要的权力，以便调查和起诉相关的网络犯罪行为，并建立有效的国际合作机制。该公约的制定对各国修改、完善刑法与刑事诉讼法产生了很大的影响。

10 美国与欧盟在其官方文件中均明确将不同主体“分担责任”作为网络空间安全的一项基本指导原则。DHS, Blueprint for a Secure Cyber Future: The Cyber security Strategy for the Homeland Security Enterprise, 8 (2011) ; Commission of the European Communities, Protecting Europe from large scale cyber-attacks and disruptions: enhancing preparedness, security and resilience, 5 (2009) .

11 ENISA, National Cyber Security Strategies: Setting the Course for National Efforts to Strengthen Security in Cyberspace, 9 (2012) .

12 Information Systems Defence and Security: France's Strategy, 18 (2011) .

13 Draft Cybersecurity Policy of South Africa, 3 (2010) .

空间安全政策》要求“建立能动的法律框架并定期进行评估，以应对网络空间技术发展带来的网络安全挑战”¹⁴。

美国是互联网与互联网立法最为领先的国家，在网络安全方面制定了包括《伪造接入设备与计算机欺诈和滥用法》（1984）、《电子通信隐私法》（1986）、《计算机安全法》（1987）、《公文削减法》（1995）、《克林格-科恩（信息技术管理改革）法》（1996）、《国土安全法》（2002）、《网络安全研究与开发法》（2002）、《电子政府法》（2002）和《联邦信息安全管理法》（2002）在内的一大批法律¹⁵。在网络信息安全方面，欧盟先后通过《部长理事会信息安全领域决定 92/242/EEC》、《部长理事会攻击信息系统的框架决定 2005/222/JHA》、《欧盟议会与部长理事会建立欧盟网络与信息安全局的规章 460/2004》、《部长理事会关于确定与认定欧盟关键基础设施以及加强保护必要性评估的指令 2008/114/EC》。2013年7月，欧盟发布的网络安全战略明确提出要制定一部新的指令，解决网络与信息安全中的重大问题，明确不同主体应该承担的法律义务。拟议中的指令要求成员国建立计算机紧急事件反应中心（CERTs），制定国家网络与信息安全战略以及协同计划；关键基础设施（如能源、交通、银行、证券交易、保健）的运营者，主要的互联网企业（电子商务平台、社交网络等）以及公共管理机构需要评估其面临的风险，采取维护网络与信息安全的适当措施，并在发生重大安全事件后及时向国家管理部门报告。

可见，在关键信息基础设施保护上，各国既对传统法律进行完善，使之能够适应网络时代的新环境，有效打击网络违法犯罪行为，又有重点地推进互联网专门立法，通过系统的制度设计，预防系统性风险的发生。前者强调对一般违法者的事后制裁与追责，后者强调特定义务人的事前与事中预防责任，两个方面相辅相成。

14 National Cyber Security Policy, 6 (2013) .

15 另外还有 40 余部法律也与网络空间安全相关。See, Eric A. Fischer, Federal Laws Relating to Cybersecurity: Overview and Discussion of Proposed Revisions, 52 (2013) .

2. 促进互联网服务提供商发展立法

网络空间与现实社会的最大差别之一在于网络空间的基本支撑主体是众多的互联网服务提供商或者中间平台¹⁶。互联网中间平台的出现,促进了信息流动和生产方式变革¹⁷,带来的是交易成本的大幅降低、共享经济的兴起以及生产方式的深刻变化¹⁸。没有这些中间平台的不断创新和发展,社会信息化就只能是一句空话。当然,中间平台也带来了中产阶层面临消解等深层次挑战¹⁹。

中间平台出现之后,网络上发生的各种争议和权利冲突,都与互联网服务提供商的责任相关。开放、共享、互联的平台,必然也是漩涡的中心和矛盾纠纷的汇合点。由于网络环境下直接责任人难以确定,取证困难,权益受损方以及管理部门自然更愿意以中间平台为追责对象,要求其承担连带责任或者补充责任。这种背景下,如果简单援用传统法律的规定,将中间平台视为“商场”、

16 作为双边市场的互联网中间平台的出现,促进了需求端各种个性化需求与供给端大众供给之间的结合,使每个互联网用户都可能成为潜在的供给方。这样,互联网中间平台可以激活各种闲置社会资源,并使生产者与消费者的传统二元划分面临结构性挑战。由于交易成本和信息不对称,传统中介行业或者双边市场在规模经济与范围经济上均受到限制,并不能形成网络时代才有的众创格局。对于信息经济运作模式以及互联网中间平台双边市场意义的介绍,可见如,Geoffrey G. Parker, Marshall W. Van Alstyne (2000), Information Complements, Substitutes, and Strategic Product Design, at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=249585; Geoffrey G. Parker, Marshall W. Van Alstyne, Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design, *Management Science*, pp. 1494-1504, Vol. 51, Issue 10 (2005)。对于信息时代共享经济独特性的分析,可见如, The Rise of the Sharing Economy, in *The Economist*, Mar 9th 2013。

17 著名经济和社会学家里夫金在其新著《零成本社会》一书中提出,目前的资本主义市场经济形成的是交换经济,而新经济模式是一种协同共享经济。[美]杰里米·里夫金著,赛迪研究院专家组译,《零成本社会:一个物联网、合作共赢的新经济时代》,中信出版社,2014年版,第一章。

18 对于共享经济前景的介绍,可见如,Thomas Friedman, Welcome to the Sharing Economy, in *The New York Times*, 20 July 2013; 褚国飞,《“共享经济”或颠覆传统消费模式》,载《中国社会科学报》,2014年8月25日,第A03版。

19 2014年Facebook以160亿美元收购只有50名员工的WhatsApp,2012年Facebook以10亿美元收购只有13名员工的Instagram。在互联网出现之前,技术进步总会创造各种新的工作机会,不会导致人的非价值化。信息经济之下,出现了信息与普通人的非价值化倾向,中产阶层面临消解风险,信息经济带来的巨大收益由顶尖的网络平台经营者独享。对于这一危机的深刻分析,可见如,Jaron Lanier, Who Owns the Future? 15 (2013)。

“传媒”或者“中介”，必须对用户行为负责，中间平台就会动辄得咎，疲于应付，生存下去都会成为问题，更不用谈什么创新。因此，互联网立法必须明确界定中间平台的责任边界，为其创新活动提供坚实的法律基础。以美国和欧盟为代表的发达国家和地区的互联网立法，均围绕互联网服务提供商的权利、义务与责任而展开，线索异常明晰，并且，克服各种阻力后²⁰，一致以保护中间平台为共同立法宗旨，限制或者豁免其责任承担，为其提供安全的避风港。从战略层面考虑，这种保护并不是在保护这些企业，而是在保护国家的创新能力。

1996年制定的美国《通信品位法》第230条明确规定“互动计算机服务的提供者或者使用者不应被视为是另一个信息内容的提供者所提供的任何信息的出版者或者发言人”，率先确立了中间平台的责任豁免制度，具有重要的历史意义²¹。德国联邦议院1997年通过的《多媒体法》规定，互联网服务提供者根据一般法律对自己提供的内容负责；若提供的是他人的内容，服务提供者只有在了解这些内容、在技术上有可能阻止其传播的情况下对内容负责。1998年制定的美国《数字千禧年版权法》为互联网服务提供商提供了版权侵权领域的避风港，其义务限于接到侵权通知后及时撤回相关侵权内容，无须为其用户的版权侵权行为承担法律责任。2000年制定的欧盟《电子商务指令》第二章第四节系统地规定了互联网服务提供商中间平台的责任豁免制度。第12条规定，只要中间平台服务提供商（a）不是发起进行传输的一方，（b）对传输的接受者不做选择，以及（c）对传输的信息不做选择或更改，那么，“其所提供的信息社会服务包括在通信网络中传输由服务接受者提供的信息，或者为通信网络提供接入服务，成员国应当确保服务提供者不对所传输的信息承担责任”。为免除中间平台的后顾之忧，防止增设其一般执法义务，第15条还明确规定，“在服务提供者提供本指令第12条、第13条以及第14条规定的服务时，成员国不应当要求

20 以影视制作、版权保护为代表的传统行业一直希望在网络环境下能够延续传统的法律规则，加大互联网服务提供商的法律责任。

21 有美国学者认为，《通信品位法》第230条所确立的中间平台责任豁免原则，是互联网治理最为重要的一项法律制度。H. Brian Holland, Section 230 of the CDA: Internet Exceptionalism as a Statutory Construct, in Berin Szoka & Adam Marcus (ed.), THE NEXT DIGITAL DECADE: ESSAYS ON THE FUTURE OF THE INTERNET, 189 (2010)。

服务提供者承担监督其传输和存储的信息的一般性义务，也不应当要求服务提供者承担主动收集表明违法活动的事实或情况的一般性义务”。欧美对于互联网服务提供商责任豁免的法律规定，对其他国家的互联网立法产生了广泛的影响，逐步成为各国普遍采用的一项基本法律原则²²。

互联网服务提供商民事责任豁免制度看似只是确立了一项简单的归责原则，但其意义深远，完全可以等同于有限责任公司制度对于市场经济发展的意义²³。只有这样的法律原则以及配套的法律规则²⁴，才能使互联网服务提供商免除后顾之忧，进行各种创新²⁵。

3. 规范互联网信息立法

人类迈入信息时代，信息的采集、处理、传输、储存成本大幅降低，生产、生活、管理等一切活动，均以信息或数据的形式被记载和利用，信息真正成为战略性资源，成为推动社会转型的决定性力量²⁶。同时，由于互联网解决了传媒

22 从我国 2006 年制定的《信息网络传播权保护条例》与 2009 年制定的《侵权责任法》第 36 条中也都可以找到这种影响的明显痕迹。

23 1855 年，英国制定《有限责任法》，规定公司股东对于公司债务只在其投资范围内承担有限责任，刺激了现代市场经济的发展。1999 年，英国《经济学家》杂志将有限责任制度作为“最终改变了全世界工业资本主义制度的关键”。The Economist, 23 December 1999. Quoted from GRAEME G. ACHESON and JOHN D. TURNER, The impact of limited liability on ownership and control: Irish banking, 1877 - 1914, Economic History Review, LIX, 2 (2006) , p. 320.

24 例如，美国 1997 年制定的《全球电子商务框架》明确提出，电子商务应该以行业自我规制为主，政府只是起支持作用，推动了其互联网行业的飞速发展。欧盟《电子商务指令》第四条也明确规定不得对电子商务增设任何形式的事前许可，以期通过市场机制促进互联网行业的发展。

25 民事责任豁免与减少事先干预，是为了充分发挥互联网中间平台双边市场的作用，改变生产者与消费者二元划分之下对于供给端传统的准入控制方式。但是，这并不代表互联网中间平台不需要法律规范。由于网络外部性，需要通过反垄断法防止互联网中间平台滥用市场支配地位或者以其他方式妨碍公平竞争。由于互联网中间平台控制了供给方与需求方的大量信息，个人信息保护与数据安全更成为法律规制的重中之重。

26 著名学者钱德勒通过对美国历史的研究，发现“这是一个享受信息滋味的国家。信息对这个国家来说，不只是一种维持经济发展所必需的东西，它的内涵要多得多”。[美]阿尔弗雷德·D.钱德勒、詹姆斯·W.科塔达编，万岩、邱艳娟译，《信息改变了美国——驱动国家转型的力量》，上海远东出版社，2008 年版，第 296 页。

资源瓶颈制约,使信息传播方式发生革命性变化²⁷,传统媒体式微,社交媒体无处不在²⁸,每个人都成为总编辑,每个人手里都握有麦克风,传统的表达自由真正得以实现,为社会发展与进步带来了前所未有的机会。

信息传播与表达自由权利紧密相关,属于传统法律保留领域。发达国家一直依赖媒体的自律机制,加上事后民事救济与刑事制裁机制,控制与打击色情、淫秽、诽谤、不正当竞争、种族仇恨、煽动犯罪等言论,行政权力受到严格限制。《联合国公民与政治权利公约》第19条明确规定了表达权的基本人权地位,根据第三款的规定,对于表达权的限制需要由法律规定,且限于①为保护他人的权利或者名誉;②为了国家安全或者公共秩序、公共健康或公共道德。实践中,表达权实现的主要标志之一就是逐步限制事前审查制度²⁹,尤其在英美法系国家,事前审查一直被认为是对言论自由的侵犯³⁰。美国宪法第一修正案明确禁止国会制定限制言论自由的法律。德国《基本法》第一条第一款规定,“每个人都有权通过语言、文字和图像自由表达和传播言论,并从常规渠道获取信息。出版自由以及广播、电视和电影自由受法律保护,禁止事先审查”。

然而,进入网络时代以后,由于信息传播方式的革命性变化,传统媒体所具有的自净与过滤功能被解构。“众声喧哗”的信息供给格局使各种信息鱼龙混杂,博人眼球的不实信息满天飞,网络淫秽色情信息大行其道,恐怖主义宣传兴风作浪,仅仅依靠事后救济机制明显不再有效。这种格局下,各国逐步采用

27 传统媒体是典型的一对多发布形式,由传媒发布信息,众多读者接受信息。社交媒体则实现了媒体供给端的大众化,属于多对多的信息发布、互动方式。

28 受众对传统媒体与社交媒体信任度差异的个案研究,可见如,薛可、王丽丽、余明阳,《自然灾害报道中传统媒体与社交媒体信任度对比研究》,载《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》,2014年第4期,第88页。

29 在著名的纽约时报公司诉美国案中,尼克松政府以《纽约时报》和《华盛顿邮报》准备登载的五角大楼越战文件涉及国家机密与国家安全为由,寻求法院发布禁止出版的禁令,但是,美国联邦最高法院并没有支持,可见如, *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971)。

30 See, JACQUELINE G. WALDMAN, PRIOR RESTRAINT AND THE POLICE: THE FIRST AMENDMENT RIGHT TO DISSEMINATE RECORDINGS OF POLICE BEHAVIOR, 1 University of Illinois Law Review 318 (2014)。

了不同于传统的事前管理措施³¹。

新加坡对于互联网服务提供商采用事前许可体制，所有“从事与新加坡相关的政治或者宗教宣传、推广或者讨论的”接入服务商与内容提供商均需要在新加坡媒体发展署登记，并受《互联网行为规范》的约束。《互联网行为规范》对于“禁止内容”的定义非常广泛，包括违反公共利益、公共道德、公共秩序、公共安全、国家和谐等。一旦接到媒体发展署的指示，内容提供商就应阻止访问相关内容，否则会面临包括《广播法》规定的罚款、暂停甚至撤销许可的处罚。印度 2008 年修改《信息技术法》，除网上淫秽信息以外，扩大了可以封堵的信息内容的范围。“为了印度的主权与统一、保卫印度国家安全、与国外的友好关系或者公共秩序”，新增加的第 69A 条授权中央政府发布命令，阻止公众获知“任何计算机资源中生成、传输、接收、储存或者主持的”任何信息。

2007 年，土耳其议会通过《互联网法》，规定在网上发布某些种类的违法内容需要承担刑事责任。如果互联网上有这种内容发布，政府部门或者互联网服务提供商自己应立即加以取消；相关主体（包括政府机关）可以向法院或者电信管理署提出申告，要求过滤某些互联网信息内容，只要能够证明达到了“充分怀疑”的程度，就可以允许采用封堵措施。内容过滤最多的是有关淫秽的内容，其次是侮辱、攻击国父阿特蒂克的信息内容，其他还有涉及卖淫、提供赌博场所与机会、儿童性滥用、鼓励他人犯罪、提供对健康有害的毒品、对滥用毒品提供便利等的内容。如果违法网站设立于国外并且有法律所列举的犯罪行为，或者网站设立于国内并含有对儿童性滥用或者淫秽内容，电信管理署无须事先获得司法许可，可以直接命令对互联网站进行封堵。如互联网服务提供商拒绝封堵违法内容，其所有者或者管理者可能被处以 6 个月到 2 年的监禁。

英国互联网观察基金会（IWF）是一家非营利组织，负责监督互联网上的信息内容。通常，该基金会负责编制一份它认为含有违法信息的网址名单并送

31 “世界上几乎每个国家都通过多种方式对网上言论进行规范”。John G. Palfrey, Jr., *The Global Problem of State Censorship & the Need to Confront It*, in Berin Szoka & Adam Marcus (ed.), *THE NEXT DIGITAL DECADE: ESSAYS ON THE FUTURE OF THE INTERNET*, 531 (2010) .

交英国电信以及其他互联网服务提供商,再由这些互联网服务提供商负责过滤名单中的网址³²。除了过滤儿童色情内容以外,该基金会也根据1986年《公共秩序法》检测并过滤含有宣扬种族仇恨内容的网址。另外,根据2006年《恐怖主义法》第三条,一旦执法部门通知互联网服务提供商某一网址可能含有与恐怖主义相关的内容,互联网服务提供商如果不采取一切合理的措施以阻止访问这些内容,可能会被追责。2008年5月,澳大利亚联邦政府公布了其网络空间安全计划,包括建立和实施一套互联网服务提供商层面的网络内容过滤系统。计划要求互联网服务提供商与政府部门配合,按照事先确定的黑名单,限制或阻止互联网用户对特定网站的访问³³。

根据哈佛大学 Berkman 互联网与社会中心 2002 年的一份研究报告,谷歌德语与法语搜索引擎完全或者部分屏蔽了 113 个含有新纳粹、白人至上以及其他有异议内容的网站³⁴。在德国,对于未成年人有害的媒体内容由联邦未成年人有害媒体部负责规制,可以根据《未成年人保护法》和《未成年人媒体保护公约》将有害内容网站纳入黑名单进行封堵。2005 年 2 月,包括谷歌、Lycos、MSN 在内的德国主要搜索服务商达成一项自律准则,将列入黑名单的网站从其搜索结果中予以排除。

需要注意的是,互联网信息传播因为事关宪法权利,规范互联网信息的立法在实践中往往争议也比较大。美国 1996 年制定《通信品位法》,将向未满 18 岁的未成年人传输“无品位”材料以及展示“明显无礼”内容和通信作为犯罪行为处罚。法律规制对象不仅包括“无品位”材料的作者,也包括互联网服务提供商,除非后者采用了技术措施阻止未成年人获得这些材料。在著名的 Reno

32 在英国、加拿大、澳大利亚等国,由互联网服务提供商运行的过滤信息内容的系统被称为“清洁提供”(CleanFeed)。到 2008 年,95% 的英国互联网服务提供商都采用了该措施。

33 北京大学法学院互联网法律中心:《努力构筑互联网健康运行的法律屏障(续)——国外互联网立法综述 [J]》,《中国工商管理研究》,2012 年第 5 期,第 28 页。

34 See, Jonathan Zittrain and Benjamin Edelman, “Localized Google Search Result Exclusions: Statement of Issues and Call for Data,” Berkman Center for Internet and Society, Harvard Law School, October 26, 2002, <http://cyber.law.harvard.edu/filtering/google/>.

v. ACLU 案中³⁵，联邦最高法院认定《通信品位法》并不是保护儿童免受侵害的“限制最小的方法”，相反，由家长负责过滤，既可以有效防止儿童接触无品位的材料，又不会影响成人表达和接收的权利。最终，该法“无品位”与“明显无礼”部分的规定被宣布违宪，其他条款的法律效力不受影响。上述判决之后，美国国会又制定了《儿童在线保护法》，试图规制“对未成年人有害”材料的作者和商业传播者，该法被诉诸联邦法院后同样被裁定因为过于模糊而无效。经历两次失败后，美国国会于 2000 年制定的《儿童互联网保护法》规定，如果公立学校与图书馆想获得联邦普遍服务基金的支持，必须使用互联网过滤技术，并向联邦通信委员会证明它们会封堵或者过滤淫秽、儿童色情或者“对未成年人有害”的材料。这一次，联邦最高法院终于支持了该法的合宪性。

2009 年 5 月 13 日，法国国民议会通过《互联网版权保护与作品传播管理局法》，对于不付费反复下载版权内容的互联网用户，采用三振出局方式，禁止其访问互联网³⁶。该法在法国与欧洲产生广泛争议，国民议会一些议员对该法的合宪性提出挑战并将争议诉诸宪法委员会，宪法委员会宣布该法主要部分违宪，要求必须经过司法审查后才能限制个人访问互联网的权利。2013 年 7 月 10 日，法国政府以禁止访问互联网的惩罚措施与版权违法行为不符合比例原则为由，宣布彻底废止该法。另外，韩国为净化网络言论而推行的实名制立法 2012 年被韩国宪法法院宣布违宪，土耳其宪法法院 2014 年裁定禁止访问“推特”的政府决定违反了宪法第 26 条规定的表达自由权。

可见，在互联网环境下，由于社交媒体所具有的快速、爆发、匿名、互动等特性，使有效的事先、事中监管制度不可或缺，这是互联网立法区别于传统

35 Reno v. ACLU, 521 U.S. 844 (1997) .

36 接到版权人或者其代表提出的投诉后，互联网版权保护与作品传播管理局可以启动三振出局程序：

①根据 IP 地址，向侵权用户发出电子邮件，说明投诉提出的时间。接下来，互联网服务提供商有义务监测管理对象的互联网连接，同时邀请用户对其互联网连接装上过滤器。如果在接下来的六个月内，怀疑继续发生侵权行为，则进入第二步。②向侵权用户发出与第一份邮件内容类似的认证信函。如果该用户在接到认证信函的一年内未能遵守要求，继续违法，则进入第三步。③互联网服务提供商必须终止违法用户的互联网访问，具体期限为两个月到一年。只有在第三个阶段（用户被阻止访问互联网以后），才有可能向法院起诉。诉讼的结果只能是缩短禁止访问互联网的期限，不会是取消封堵，并且要由原告承担举证责任。

法律的一个重要方面，是传媒格局发生革命性变化的必然结果³⁷。但是，互联网信息规制必须符合宪法表达自由原则和预防风险的立法目的，并且，事先规制手段与强度必须与需要预防的风险成正比。

4. 国际经验归纳

比较发达国家的互联网法律，可以总结出三条非常有益的经验。

第一，尊重互联网本身的规律。

发达国家的互联网法经历了一个逐步完善的过程，而驱动互联网法逐步完善的主要动力是对互联网规律的认识。从一开始的不规制到全面规制，再到根据互联网架构与技术本身的特点进行规制，反映了立法者对互联网规律的把握在逐步深入。只有尊重和把握互联网本身的规律，制定有针对性的法律，才能将挑战转化为机会，这是发达国家互联网法的最重要经验。从结构看，以关键信息基础设施、互联网服务提供商和互联网信息为重点调整对象的互联网法基本结构已经形成。与之相应，三大领域立法在立法宗旨、法律原则、管理对象、管理手段、执法机制与救济方法等方面，也都反映了法律调整对象本身的规律，体现了各自鲜明的特点。

从立法宗旨看，关键信息基础设施法律追求的是安全，互联网服务提供商法律追求的是发展，而互联网信息法律需要实现表达自由与风险防范的平衡。立法宗旨的差别，决定了具体制度、程序与手段等方面的差别。要实现安全目标，关键信息基础设施所有者或者运营者必须承担社会责任，并履行法律规定的特殊义务。同时，网络安全管理还要建立全流程严格的的安全管理制度，并借助各种力量，形成全社会“分担责任”的安全管理体系。相反，为了推动互联网服务提供商发展进而带动社会信息化，政府应尽量减少对互联网中间平台的事前规制，并通过法律构建避风港，免除互联网服务提供商从事创新活动的后

37 美国一个研究机构对全球 65 个国家从 2013 年 5 月至 2014 年 5 月的跟踪研究发现，41 个国家都已制定或者计划制定规范互联网言论的法律。Freedom House, FREEDOM ON THE NET, 4 (2014)。

顾之忧。至于互联网信息法律，既要充分利用互联网带来的权利实现机会，又要防止违法与有害信息传播，如何把握好两者之间的平衡是非常重大的挑战，需要在具体制度设计中得到体现。

第二，发挥法律的不同作用。

互联网的出现，带来了生产方式、信息传播方式以及整个社会关系的革命性变化。由于立法的相对滞后性，各种新变化往往难以在法律中得到同步体现。如果简单沿用现行法律规范互联网行为，不但会扼杀新生事物，阻碍经济社会转型，还会使新的管理手段面临合法性挑战，模糊权利、义务与责任之间的边界；如果法律对新生事物视而不见，既会破坏法治权威，也不利于互联网持续健康发展。因此，根据互联网发展的新形势，对法律进行必要的立、改、废、释，可以说是信息社会的一项基础性工作。2013 年曝光的“棱镜门”事件，就是很好的例证。该事件发生后，美国政府虽然在国际上广受批评，但在国内并未受到太多指责和挑战，原因就在于其网络监控行为有国内法律依据³⁸。从关键信息基础设施保护、互联网服务提供商发展以及互联网信息管理三个层面看，发达国家近年来确实出现了一波互联网立法的高潮，这一趋势还在进一步快速演进之中。

并且，从发达国家互联网法律的走向来看，互联网发展与互联网法律之间并不仅仅是决定与被决定、反映与被反映之间的简单线性关系。互联网法律既可以是对互联网发展成果的一种法律确认，定分止争，起到规范、保障作用，也可以为互联网发展开辟道路，谋划未来，起到促进、引领作用。善谋者胜！网络时代国家能力之间的竞争并不仅仅是技术能力、经济能力的竞争，也是法律制度之间的竞争。如果能够充分发挥法律的不同作用，提高法律制度的适应能力，就能在这场全球竞争中占据更加有利的地位，推动经济社会全面转型，

38 根据《爱国者法》和《海外间谍监控法》，美国主要的互联网服务提供商需要根据执法机构的命令提供元数据，并且要对这种执法配合义务采取保密措施。再往上追溯，1979 年，美国联邦最高法院在史密斯诉马里兰案中认定，由于拨号人必须主动将被叫号码提供给电信公司以建立通话连接，因此，拨号人对于其所拨的号码没有隐私权上的合理期待，政府执法机关在电信运营商中央系统安装和使用来往通话号码记录仪(pen register)不构成宪法第四修正案规定的“搜查”，不需要事先获得法院的搜查令。该判例成为斯诺登事件引发的元数据收集合宪性的主要依据。See, *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979) .

并使法律成为国家竞争能力的决定性要素之一³⁹。

第三，构筑多元治理格局。

互联网的出现，打破了各种传统边界，推动国内与国外、线上与线下、生产与消费、供给与需求、工业化与信息化、传统行业与互联网行业、管理主体与管理对象、互联网法与其他法律等相互之间的快速融合，形成你中有我、我中有你的多元利益交织格局。互联网环境下，单靠某一个主体或者某一种治理手段，不可能奏效。发达国家的互联网治理与互联网法律普遍强调多元利益相关方的共同责任，既依靠传统法律执行机制如刑事制裁、民事责任追究等，又针对互联网带来的全新变化，充分发挥市场机制、技术标准、行业自律与社会自治等治理机制的作用，构筑多元治理格局。这无疑对立法者提出了更高的要求，要求立法者对互联网带来的经济社会转型有更深入、更全面的了解。

39 美国加州大学戴维斯分校法学教授 Chander 通过比较研究发现，通过立法、司法方面的实质性法律变革，美国法律对于中间平台的保护更为有力，以鼓励创新和自由表达，并减少中间平台面临的版权、侵权、隐私保护等方面的法律风险。相反，欧洲、亚洲国家的法律变革相对更为迟缓，对于中间平台的保护力度不如美国，在美国属于创新范畴的活动在欧洲、亚洲国家可能会被认定为违法。正是这种对于中间平台的法律保护，奠定了美国互联网产业飞速发展的基础。Anupam Chander, HOW LAW MADE SILICON VALLEY, 63 EMORY LAW JOURNAL, 639 (2014)。对于互联网产业创新性以及法律决定性作用的分析，还可见如，[美] 李·W·麦克莱特、保罗·M·瓦阿勒、拉尔·L·卡茨主编，谢祖钧、刘陆先译，《创造性毁灭——全球网络经济条件下的企业生存战略》，中南大学出版社，2007年版，第三章。

02 互联网时代的中国电子商务立法

薛 军

北京大学法学院副院长 教授 博士生导师

电子商务法起草工作小组成员

电子商务法律与发展研究基地主任

1. 为什么要制定专门的电子商务法

2013年年底，由全国人大财经委牵头，正式启动了电子商务法的立法工作。围绕这一立法，成立了专门的领导小组与工作小组。到目前为止，围绕电子商务法立法的各项前期准备工作已经取得了实质性的进展。通过行业调研，电子商务发展中涉及的主要问题被清晰地归纳了出来。以此为基础，电子商务法立法大纲的草拟、交流和集中讨论等工作基本完成。在2015年4月的杭州会议、11月的南京会议上，各界人士就电子商务立法相关的一些重要问题逐渐形成了共识。其中关于电子商务立法的必要性问题，引发的讨论最为热烈，值得特别加以说明。

按照以往通常做法，类似于电子商务法之类的法律的起草，往往由国务院相应的部委，例如工信部、商务部或国家工商总局之类的单位来负责牵头组织实施。但这一次却直接由全国人大财经委来负责牵头起草。之所以采取这样的组织架构，一方面是因为电子商务活动涉及的面非常广，银行、工商、海关、

税务、质检、交通运输等部门都与电子商务活动有密切关系，因此并不适宜由某一个单个的主管部委来组织起草。另一方面，通过全国人大财经委组织起草，将来通过的电子商务法是严格意义上的法律，不是行政法规，也不是部门规章，具有相当高的法律效力等级。通过制定电子商务法，对到目前为止已经颁布的、与电子商务活动相关的行政法规、部门规章、地方性法规和行业标准等，可以起到一种整合和统领的作用。以后的部门立法、行业立规，都必须遵守电子商务法所确定的基本原则和规范。

从这个角度看，推动电子商务立法的主要动力并不在于相关领域的法律规范供给不足。实际情况可能恰恰相反。在我国当下，电子商务产业飞速发展，这一事实本身并不能说明立法的必要性。在很多时候，立法对于产业的发展不一定起到推动作用。如果立法不能反映产业发展的需要和规律，不具有前瞻性，那么制定出来的规范越多，反而更加可能“作茧自缚”，起到负面的作用。电子商务行业同样如此。

现在电子商务发展迅猛，各种新的商业模式层出不穷。电子商务在发展中的确遇到了一些新问题。这些问题引起了各个相关主管部门的关注，于是各部门纷纷出台各种规章和管理措施，相应的，各种监管、准入、处罚措施也纷至沓来。这些管理措施无不打着促进电子商务发展的旗号，但思路和方法却往往陈旧、生硬而且机械。例如交通部试图推出的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》，相关的征求意见稿一出台，就引发了广泛的社会讨论。这一文件基本上没有认识到分享经济的实质，在监管思路因循守旧，实施效果必然是扼杀互联网企业的有益的商业创新。类似的管制措施在跨境电商、互联网金融、快递物流领域同样大量存在。

这些正在迅速涌现且政出多门的管制措施，从长远来看，很可能伤害中国电子商务的健康发展。在这样的背景之下，电子商务立法的一个重要目标就是，基于具有前瞻性的、更加适应互联网时代的立法指导思想，为电子商务领域的立法立规，定下一个基调，确定一个妥当的制度框架，从而能够真正做到促进电子商务的发展。

这种考虑决定了电子商务法的立法定位——这一法律必须对电子商务中的

核心问题给出答案，因此这一法律不应该表现为一部宏观的电子商务产业促进法；电子商务法要能够实际地发挥作用，就一定要有实质性的行为规范和裁判规范，而不能成为一个只具有政策显示意义的促进法。就此而言，电子商务法应该是综合性立法，是电子商务一般法，并且是具有较高的法律效力等级的电子商务活动基本法律，是规范电子商务活动的“基本宪章”。在 2015 年年底，电子商务法已经形成了一个相对完善的征求意见稿的草案。根据比较乐观的估计，在 2017 年，电子商务法有望获得正式通过。总的来说，电子商务法的起草工作，按照预定的计划，正处于有条不紊的推进之中。

2. 有所为有所不为：电子商务法的调整范围

立法工作的第一步就是界定相关法律的调整范围，这也是电子商务法立法研究和讨论中最受关注的问题。基于充分讨论，各界普遍认为电子商务立法应该围绕电子商务活动的整个流程来展开和确定其调整范围。这样既可以抓住立法的重点，同时又避免了面面俱到、贪大求全。

总的来说，电子商务法大体上将包括如下几部分内容。

第一部分是总则。总则部分主要涉及一般规定，涉及这一法律的立法目的、适用范围、电子商务的基本定义以及电子商务法的立法原则。总的来说，电子商务立法必须体现促进发展、规范秩序和保障权益这些基本的立法目的。鼓励创新应该是电子商务立法的基本原则之一，国家通过立法来鼓励电子商务经营主体发展电子商务新业态、创新商业模式、促进新技术在电子商务中的应用。同时也强调依法保障电子商务经营主体自主经营、自负盈亏，国家必须创造有利于发展的市场环境。在电子商务立法中，要鼓励电子商务信用体系建设，建立健全电子商务信用评价、信用管理制度，完善电子商务信用服务保障制度。在电子商务的管理体制的设立中，要发挥市场配置资源的决定性作用，凡电子商务各方主体能够自主决定，电子商务市场竞争机制能够有效调节，行业组织或中介机构能够自律管理的事项，行政监督管理部门应当避免对市场的不当干预。

第二部分是电子商务经营主体。在这一部分主要涉及两种类型的经营主体，

分别是电子商务普通经营者，一般的电子商务经营者以及特殊经营者，也就是电子商务交易平台经营者。后者就是通常所称的第三方交易平台。对于第一种类型的经营者主体而言，电子商务立法需要处理的核心问题是，在网上从事电子商务经营活动的主体，其身份如何界定，是否应该建立特殊的主体管理制度，比如说要求领取电子商务营业执照，抑或只需要建立电子商务主体信息备案登记制度。对于这一问题，目前占据主导地位的观点认为，如果电子商务经营者符合进行工商登记的条件，出于自身的考虑，自然会进行相应的工商登记。但是对于大量的自然人网商，没有必要强制性地要求其进行工商登记。针对这一部分主体，通过平台方面的信息收集和核验义务的确定，即可实现对其进行身份识别的需求。关于特殊的电商主体，也就是电子商务第三方交易平台，是这一法律规范的重点内容，是电子商务法律规范体系的中枢神经。针对第三方交易平台，需要对其市场准入，平台经营者的退出机制，主要的权利、义务和责任等做出详细的规定。这些义务主要包括电子商务平台经营者应当对申请进入平台销售商品或提供服务的经营者主体身份、行政许可等信息进行审查和登记，建立登记档案，并进行定期核验更新。电子商务平台经营者应当公示其对平台内经营者实施的关闭店铺、公示警告、查封账户等信息。另外，平台还有提供稳定、安全服务的义务，建立突发事件应急预案，在发生紧急事件时，应及时向有关行政部门报告。在制定平台上的交易规则的时候，应当遵循公开、公平与公正的原则，明确进入和退出平台、商品和服务质量保障以及消费者权益保护等措施。如果相关的交易规范要进行修改，应当遵循公开、陆续和合理的原则，修改的内容应当至少提前15天予以公示。如果电子商务经营者不接受修改内容，申请退出平台的，电子商务交易平台经营者应当允许其退出，并且应当依照修改前的服务协议或者交易规则承担相关的责任。关于自营与他营的区分问题，也是平台的主要义务，平台经营者在其平台上开展商品或者服务自营业务的，应当以显著的方式对自营业务与平台内其他经营者开展的他营业务进行区分标记，避免误导消费者。

第三部分规定网络交易及其服务，也就是通常所说的电子商务活动。这一部分围绕电子交易活动展开，涉及电子交易合同的缔结、履行，履行包括支付环节与快递物流和交付环节。

第四部分涉及电子商务交易信息。电子化时代中如何保护个人信息，是一个不可回避的重要问题。电子商务法开辟专门的内容对相关问题予以规范。所谓的电子商务交易信息是指在电子商务活动中收集、使用、转移和存储的信息。对于相关的信息的收集，必须遵循一定的规则。同时关于政府数据的公开与共享的问题，也需要引起足够的关注。如果相关的主体能够合理利用公共数据信息，那么电子商务交易的真实性、可靠性与安全性就能够得到更多的保障。同时需要注意的是，行政监督管理部门依法获取电子商务经营主体提供的电子商务交易信息的，应当采取必要的保护措施。因为行政监督管理部门的过错导致信息泄露、丢失、毁损，以至于侵害当事人合法权益的，相关部门应当承担损害赔偿责任。

第五部分涉及电子商务交易保障。具体来说，这一部分涉及消费者权益保护问题、市场秩序与公平竞争的环境的塑造问题以及争议解决机制的建立问题。这些制度主要服务于建立一个可信、公平和高效的电子商务的交易环境。

第六部分规定跨境电商问题。跨境电商是电子商务发展的重要方向，与贸易全球化的趋势相适应。这一部分主要解决相关的主管部门如何设立高效的管理机制实现货物快速地跨境流动。

第七部分是关于电子商务活动的监管管理体制问题。

第八部分是关于法律责任的相关规定。

第九部分附则。

有所为，也就意味着有所不为。上述电子商务法所涉及的内容，意味着有些内容没有被纳入相关的草案之中。电子商务法草案没有专门涉及互联网金融的问题。之所以不涉及互联网金融，主要是考虑到互联网金融是一种金融活动，涉及国家金融监管体制问题，与电子商务法所要调整的围绕物品和服务的交易活动有显著差别，不宜在电子商务法中进行规定。关于电子商务活动中的税收问题，考虑到税收法定主义原则，国家基本税收制度的确定，应该由税收方面的基本法律来明确规定。电子商务活动中的税收问题，适用国家税法的相关规定即可。另外还需要考虑的是，税收问题具有很强的政策性，针对特定行业、特定活动是否征

税，以何种税率征税，对何种环节征税，这些具体规定并不适宜在电子商务法中去专门涉及。基于这样的考虑，电子商务法当中对涉税问题，只有一条原则的规定，要求电子商务经营主体依法纳税。

总的来说，关于电子商务法的调整范围，目前所选取的是一个比较中观的维度，没有试图把与电子商务有关的所有问题都纳入。这样处理可以做到重点突出，更加有针对性。

3. 电子商务法与相关法律的协调和对接

界定电子商务法的调整范围，还需要面对另外一个重要问题，也就是这一法律的内容，如何与其他相关法律进行协调和对接。电子商务法当中的很多规定，例如电子合同，它所涉及的绝大多数问题，在1999年《合同法》中都有明确具体的规定。电子商务法试图规定的第三方平台的责任，2009年颁布的《侵权责任法》也有规定可以适用。如果把电子商务第三方交易平台看作网络服务提供者，那么该法律第36条关于网络服务提供者的侵权责任就可以直接适用。关于消费者保护，是电子商务法要涉及的重要内容，但是《消费者权益保护法》的最近一次修订，最主要的内容就是强化了关于电子商务环境下的消费者保护。关于七天无理由退货等新纳入的规定，主要适用于电子商务环境。面对这些内容上的交叉与重叠，电子商务法应该如何处理与这些相关法律的关系呢？

首先，如果其他法律有成熟的，而且也是合适的规定，那么电子商务法就不过多地去涉及，而是充分尊重现状。《电子签名法》就是这样的一个典型例子。对于电子商务活动的开展来说，这部法律非常重要，该法律在2004年就已经颁布。就此而言，电子商务法对电子签名问题就不会专门涉及。没有必要把《电子签名法》的内容整体搬到电子商务法之中去。如果说随着时代的发展，《电子签名法》的内容在一些方面已经显示出不足，存在需要改进的空间，那么在适当的时候启动对该法律的修订程序即可。

其次，如果电子商务法处理的问题与其他法律存在交叉，例如电子合同的订立问题，主要涉及的就是要约与承诺的认定，对此《合同法》本身已经有详

细的规定，没有必要在电子商务法中把与合同订立的相关问题，都重新规定一次。在这种情况下只需要特别关注电子商务环境下，在合同订立过程中会产生特殊问题。对于这类问题，电子商务法可以做出一些有针对性的特别规定。例如，关于电子化的意思表示的到达问题，就存在一个到达以及可被检索到的规则的引入的问题。关于电子代理人的规则，其实是明确了系统发生错误的时候的风险承担规则的问题。总的来说，对于这类由于特殊的电子商务环境所引发的传统法律需要面对的新问题，可以采用“电子商务法+”的思路，在立法中有针对性地给出一些新的规范即可。

再次，有些问题虽然可能在将来会建立比较完善和统一的法律制度，但相关制度的出台很可能需要较长的时间，而现实的社会生活对相关制度规则的需求又比较迫切，因此应当利用电子商务法的立法这一契机，予以完善和推进。例如，电子商务环境下的个人信息保护问题，应该在电子商务法中有明确和具体规定。正是在电子商务活动中，个人信息保护问题才最敏感、最突出。关于个人信息保护法，虽然有立法规划，学者们也一直在呼吁，但距离进入实质性的立法阶段似乎还有些距离，因此完全可以利用电子商务法立法的契机，把个人信息保护所涉及的主要问题予以解决，而不要把这个问题留待一个遥远的未来。如果能够在电子商务法中针对电子商务消费者的个人信息保护问题做出相对明确具体的规定，那么在将来制定个人信息保护法的时候，也就具有了一个坚实的基础和前提。电子商务法中关于个人信息保护的规定在实施过程中遇到的问题 and 积累的经验，对于未来的立法也是很有帮助的。

最后，法律与一些重要的行政法规和部门规章的关系如何处理。商务部、工商总局关于网络交易都颁布了一些规范性文件。例如国家工商总局 2014 年颁布的《网络交易管理办法》就对网络商品交易做出了相当明确具体的规定。电子商务立法中应该如何对待这些规范性的文件，尤其是大量的部门规章？可以考虑采取几个步骤：第一是整理，第二是评估，第三是吸纳。第一步是通过电子商务法的立法调查和研讨活动，对于各政府部门颁布的涉及电子商务的相关规定进行整理，摸底排查。第二步是评估相关规定的妥当性。经过评估，如果发现相关的规定具有内在的合理性，就完全可以吸纳到电子商务法当中来，使

之上升为正式的、具有更高的法律效力的法律条文。在目前的草案文本中，关于电子交易的一些规则就吸收了不少部门规章的成果，这是可行的思路。

4. 电子商务交易第三方平台的法律责任

电子商务法立法中，有几个问题受到高度关注。关于电子商务交易第三方平台的法律责任就是其中最受关注的问题。为了寻求解决这一问题的思路，北大课题组受托进行了调研，形成了专题调研报告。关于这一问题，可行的思路是一种类型化的解决办法。从原则上来说，并不否认私人自治原则在这一问题上能够发挥的作用。处理电子商务经营者与平台经营者、商品或服务提供者与商品与服务购买者、物流服务提供者与委托者、支付服务提供者与服务接受者之间的关系，原则上都应当依据当事人的自主约定。对于规定此类约定的格式条款，通过格式条款规制制度予以调控。

对于在平台上发生的侵犯第三方的合法权益导致损害的责任承担问题，应该基于交易平台在电子商务活动交易当中发挥的不同角色，设置不同的责任类型。如果交易平台是纯粹提供信息中介服务，那么这个时候可以类推适用我国《侵权责任法》第36条所确定的网络服务提供者责任承担上的“避风港规则”。也就是说，对于在网络上发生的侵权情况，网络服务提供者只是在得到相关方关于侵权事实存在的通知之后，才承担删除网页、产品下架、断开链接等义务。履行了此等义务之后，网络服务提供者可以免责。如果不履行此等义务，对于后续的扩大损失部分，应该与侵权人承担连带责任。“避风港规则”虽然起源上主要适用于著作权的保护，但这个规则大体上能够体现网络服务提供者承担侵权责任的基本逻辑依据，因此也能够适用于其他情形，但具体适用的条件需要根据被侵犯的权利的类型进行调整。电子商务法在这一点上不可能制定非常详细的规则，具体的认定只可能留待司法程序中法官的个案裁判。总的来说，对于侵权性的外部特征比较明显的权利类型，对于合格通知的要求应该放低，但是对于诸如专利权之类的商家难以判断的情形，可能需要另外一些制度的配合，例如提供责任担保，才能够触发相应的删除义务。

关于平台企业的事先审查和防控义务，原则上仍然可以援用《侵权责任法》第36条第3款所确定的规则，但应该明确将“应当知道”纳入其范围。虽然平台企业主张这种事先的审查和防控义务很难落实，但不能否认的是，根据民法上的获益与风险承担相一致的原则，平台企业对于发生在平台上的侵权行为，应该承担一定的防控义务。平台企业对于其能够以合理的成本，来预见和防控的侵权行为后果，应该承担责任，这么做既具有立法政策上的合理性，也具有经济合理性。至于具体到什么情况下应该认为平台运营者“应当知道”侵权行为的存在，同样应该由法院根据个案的具体情况来认定，法律上不可能给出详细的规则。相应的侵权行为是否发生过、侵权行为发生的统计学意义上的概率，以及相关交易活动的异常性特征等，都可以成为考虑因素。

如果平台不局限于是网络服务提供者，而是参与对特定的产品或者服务的推荐，那么就具有了广告发布者的角色，在这种情况下，不能适用“避风港”规则，而是必须根据《广告法》的规定，承担相应的责任。如果平台深度参与相关的交易，就产品的推广、定价等全面加入，则应该视为当事人一方，从而直接承担侵权责任。

上述思路，可以归结为一种类型化的调整思路，基于交易平台在电子商务交易中发挥的不同功能，确定不同的法律责任承担。但关于平台责任问题，还需要建立一个综合性的解决思路，简单地借助于责任划分的方法并不是一个特别完善的解决这个问题的思路。从平台的角度来讲，可以考虑收取相应的责任保证金（当然要确保用户的资金收益权，不能无偿占用这笔资金），甚至可以通过购买相应的责任保险来分散相应的责任风险。另外平台也要建立完善的侵权预警机制，借助于大数据的分析，来监测可能的侵权事件。就经营者来说，可以成立相应的商业联盟，通过自我监督，来规范经营活动。通过这些配套措施，减少乃至杜绝平台上发生侵犯知识产权、销售假冒伪劣产品的行为，才可能取得真正实效。如果平台表面上打击相应的行为，但暗地里对此却大加纵容，并且以此从中获利，那么相应的法律机制不可能也不应该给予这种竭泽而渔的发展思路以法律上的保障。

03 我国网络安全规制的治理思维与架构

龙卫球 赵精武

龙卫球 北京航空航天大学法学院院长 教授 博士生导师

赵精武 北京航空航天大学博士生

在现实空间里，我们明白法律的规制机理——通过宪法、法律以及其他规范性文件来规制。在网络空间里，我们必须明白代码的规制机理——那些造就网络空间的软件和硬件如何来规制该空间¹。

1. 绪论：网络安全与法律规制

人类用个人只能仰望的财富力量，用钢筋铁骨，铸造了这恢宏的聚合。今天，一个时代理所当然动摇了²。这一切都因为网络革命，网络科技正在显著改变我们的时空，也正在改变我们人类的国家、社会和个人，包括关于生存、活动、利益和安全的概念和方式。

计算机网络³虽然发源时间有限，但期间已经历了多个时期。首先是阿帕网

1 [美] 劳伦斯·莱希格著，李旭等译. 代码:塑造网络空间的法律[M].北京：中信出版社，2003；[美] 劳伦斯·莱希格著，李旭等译. 代码 2.0:网络空间中的法律[M].北京：清华大学出版社，2009：6.

2 中央电视台大型纪录片“互联网时代”主创团队. 互联网时代[M]. 北京：北京联合出版公司，2015:4.

3 如无特别说明，后文中出现的“网络”概念即指“计算机网络”。

(Advanced Research Projects Agency Network, ARPANET) 时期, 其基于冷战需要而诞生; 此后, 则因为技术、文化、社会等多重因素的作用, 不断向更加开放、更加功能化、更加技术化、更加社会化方面发展, 如今已进入可以连接每个人的“互联网+”时代。中国互联网络信息中心(CNNIC)发布报告显示, 到2015年6月月底, 我国互联网普及率为48.8%, 网民总数达6.68亿, 手机网民达6.2亿, 手机网民占整体网民比例的百分比从2014年的85.8%提升至88.9%⁴。近年来, 互联网的用户群呈量级上升趋势。聊天、购物、通信、理财、缴费、看病挂号、打车出行、餐饮旅游等互联网技术渗透进生活的方方面面。

互联网背景下的计算机网络, 呈现出一种空间化的特点。早期, 以联机为构成特点。今天, 随着无线移动技术的发展呈现一种无限延展、难以固定的构成特点, 并且以其扁平化、去中心以及自组织等特性, 重塑社会结构。近年来, 随着数据技术和经济的发展、物联网的普及, 网络空间由某种程度“想象的虚拟”, 进一步变成无所不能的真实的“虚拟”。在这种“真实的虚拟”的网络空间, 国家、社会和个人以新的组织形态和组织方式, 进行生产生活要素重组, 塑造新的政治、社会和个人活动形态和关系, 包括经济领域的产业生态、新经济模式和具体经济关系。互联网的每一次进步都驱动着人们生活模式的变化, 当前线下的生活场景大规模地复制到线上完成, 在人类历史发展的浪潮中, 互联网正在谱写着改变世界的新奇迹。

网络空间的普及和扩张、各种生产生活方式和关系的改变, 要求我们必须以恰当及时的方式补充或者修正既有的规范体系, 建立和发展与时俱进的对应新规范体系, 才能解决现实问题。一方面, 网络时代, 代表一个旧时代及其规范世界正在动摇着、瓦解着, 另一方面, 又代表一个新时代及新规范体系正在酝酿着、建设着, 但是这种过渡本身就存在多种可能性, 存在成功、挫折以及挣扎的多种形态。对于中国来说, 崛起的梦想当然希望是快速进入一种理想形态, 建立合理的网络规范体系, 并成为基本国策。

4 参见 2015 年《通信运营业统计公报》; <http://www.miit.gov.cn/n1146312/n1146904/n1648372/c4620679/content.html>。访问时间: 2016 年 5 月 4 日。

网络规范体系中，网络安全的规范问题十分突出。这是因为尽管相较于网络相关的其他问题，如网络的基本结构、活动、利益问题等，网络安全问题本来只是其中一个重点问题而已，但是由于网络空间的复杂性，它以一种重则倾覆网络空间的相关性而显得尤为重要，因而成为网络规范不可或缺的另一面，即以否定性治理方式发挥保障功能。从这个意义上说，网络安全保障具有不可或缺地直接服务和支撑网络自由健康发展的特点。所以，网络安全规范问题具有从基本保障的角度服务支撑网络空间的复杂特点。而且，随着互联网技术不断开发和应用，网络安全问题不断增大，例如，目前微博、微信等移动社交媒体的广泛应用，更加剧了网络安全问题。网络安全规范复杂性还在于，与网络不断发展的特点一致，其具有动态的特点，不断迭代升级。从世界范围看，网络安全规范，逐渐从一般意义的网络物理安全即所谓的“面向网络安全”⁵，到超越网络物理安全的所谓“面向内容安全”⁶，再到今天大数据崛起之后的超越一般内容安全的“面向数据安全”⁷的变革⁸，今后还要应对不断频发的新型安全问题。

世界范围内网络规范模式大体可以划分为两大体系，一种是在基础面从自由和公平出发，另一种是在基础面从限制和垄断出发，但都不约而同地注意网络安全的重点规范问题。当然，前者代表一种勇敢迎接网络技术挑战、创造人类网络福利的进步方向，但却因此面临更大的挑战性。我国在网络经济领域属于愿意面向网络发展的进步国家之一，近年来尤其注重发挥网络空间的市场基础性作用，这也使得我国网络社会经济因此焕发巨大的正面能量，催发出巨大的后发国家的优势。目前，世界十大互联网企业，我国就有四个。由此，在我国而言，对于网络安全规范的水平 and 能力也就提出了极高的要求。在这个层面来说，网络安全问题是我国开放拥抱网络社会、积极发

5 参见《中华人民共和国反恐怖主义法》、《网络安全法（草案）》等。

6 参见《互联网著作权行政保护办法》、《互联网新闻信息服务管理规定》、《互联网视听节目服务管理规定》等。

7 参见《关于加强网络信息保护的決定》。

8 苗国厚.互联网治理的三个阶段[J].新兴传媒, 2014(11):58-59.

挥网络功能、更大范围享受网络空间福利应该付出的一种对价，需要我们积极、正面加以合理应对和设计。

我国关于网络安全的专门立法，最早可以追溯到 2003 年中办 27 号文《国家信息化领导小组关于加强信息安全保障工作的意见》提出的“抓紧研究起草《信息安全法》”的动议。2014 年 2 月 27 日，中央网络安全和信息化领导小组成立，宏观统筹网络安全和信息化工作，下设领导小组办公室，并与 2011 年 5 月国务院设立的国家互联网信息办公室合署，确立了我国网络安全和信息化最高领导体制和常设管理机制。这标志着互联网安全治理上升为国家战略，实现了网络治理机构由行政到政行合一的重大转变，网络整治的政治性进一步增强、方式更加灵活。2015 年 3 月，李克强总理在政府工作报告中提出：“制定‘互联网+’行动计划，推动移动互联网、云计算、大数据、物联网等与现代制造业结合，促进电子商务、工业互联网和互联网金融健康发展，引导互联网企业拓展国际市场。”显然，这是在经济市场方面，引导网络企业向市场基础性方面发展。2015 年 7 月领导小组做出新指示，将信息化推进、网络信息安全协调等职责明确赋予中央网络安全和信息化领导小组办公室（国家互联网信息办公室），同时具体由工业和信息化部负责网络强国建设，致力于维护网络安全⁹。在这一背景下，《网络安全法》提上日程。从这个背景出发，我国在法律政策上高度重视网络安全立法，实为应时之举，正在起草的《网络安全法》是否合理，关系到我国正在高速发展的网络空间的安全保障问题¹⁰。

9 参见《中央编办关于工业和信息化部有关职责和机构调整的通知》，<http://www.miit.gov.cn/n11293472/n11459606/n11459642/11459720.html>，访问时间：2016 年 5 月 4 日。

10 从目前网络规范政策的角度来看，在网络经济层面，我国总体上采取了一种鼓励互联网技术自由开发和应用的态势，互联网监管呈现为一种越来越向以市场发展为基础而注重负面防治的安全“治理”模式的趋势；不过在网络政治和社会的层面，基于自身体制的追求和特殊考虑，有关体系仍然采取了比较传统的管理思路，尤其注重意识形态的引导和管控作用，并且体现为强化主体资格管理、推行信息正面宣导、加强针对违法信息的行政治理等机制措施。目前来看，这二者之间存在体制上的运行统一的困难，有必要进行适度的体制分离。

2. 网络安全的法律界定探析

2.1 网络安全界定的复杂性

对于网络安全的定义，目前理论界和实务界众说纷纭。究其原因，除了关于网络安全规范本身的基础模式思考不同之外，即使在采取积极拥抱网络空间的基础模式的多数国家和地区，包括中国、欧盟、美国在内，也存在许多难以确定的困难。

这种难以确定的困难，最少体现在三个方面：一方面，网络安全在功能、利益、领域不同的区划方面存在复杂性，这使得网络安全本身存在内部分类的不确定性和标准的多样性，由此统一定义十分困难，往往只能选择一种主要的分类进行指导性界定；另一方面，这种困难也体现在前面所说的网络安全本身是动态发展的概念，因此具有开放性；此外，在不同国家，还存在有关网络安全与意识形态、基本社会制度联系的差别，导致是否应该在政治和非政治的领域做出网络安全区分的特殊问题。

我们不妨分析一下相关的一些定义。

维基百科定义认为，网络安全指的是“网络系统的硬件、软件及其系统中的数据受到保护，不因偶然的或者恶意的原因而遭受到破坏、更改、泄露，系统连续可靠正常地运行，网络服务不中断”¹¹。这种定义方式，显然是选择了网络安全的功能层次分类进行的一种指导性定义，也就是说把网络安全区分为物理的安全和数据的安全两个方面，前者是指网络系统的硬件、软件的安全，后者是指系统中的数据安全。

2013年欧盟议会及欧盟理事会颁布的（EU）No 526/2013号条例（以下简称《条例》）大体就是这样的一种分类界定方式，但是重点放在信息安全上。该法就“网络与信息安全”的定义做了如下规定：“指在给定的可置信水平（level of

¹¹ 网络安全，资料来源 <http://baike.baidu.com/link?url=0DZgiS2CN5AdtTG7StQFczNdKLL5bdAZEJtu-Um8-VET7UWj9JvyOq6gVXxaeFnp>；访问时间：2016年5月4日。

confidence)上,网络或者信息系统抵抗意外事件、非法的或者恶意的行为的能力。这些意外事件、非法的或者恶意的行为可能损害已储存或已传输数据的可用性、完整性和机密性,以及通过网络或信息系统提供的或者获得的服务。”¹²该《条例》前言部分,对电子通信领域的安全保护也有相关阐述,主要包括电子通信及其基础设施服务的安全,包括对其完整性、有效性、保密性的保护等,特别是对个人数据免遭丢失、变更、无授权的使用或披露以及传输过程中的安全保密性,也有所提及。

美国 2013 年新版《网络情报共享与保护法案》(Cyber Intelligence Sharing and Protection Act)共 7 条,主要包括网络情报共享的协调工作以及对 1947 年《国家安全法》的修改,该法案本身并未对网络安全直接进行界定,而是通过对“网络威胁信息”(Cyber threat information)、“网络威胁情报”(Cyber threat intelligence)、“网络安全犯罪”(Cyber security crime)、“网络安全目的”(Cyber security purpose)等概念进行定义¹³。这种方式表现出“网络安全”内涵的一些重要侧面,即关系到刑事犯罪和国家安全问题,这是从功能指向的角度所理解的网络安全范围延伸开来,网络安全从这种功能意义上,除了这种国家安全、公共安全(网络犯罪),还应该包括社会安全、个人安全。

2.2 我国学者关于网络安全的各种定义

比较流行的专业辞典,通常受到欧盟定义的影响,从网络安全功能层次划分出发,区分狭义网络安全和信息安全,并以信息安全为重点界定广义的“网络安全”。其中,信息安全意指保障国家、机构、个人的信息空间、信息载体和信息资源不受来自内外各种形式的危险、威胁、侵害和误导的外在状态和方式及内在主体感受¹⁴。

12 <<欧盟议会及欧盟理事会(EU) No 526/2013 号条例>.互联网法律通信》9 卷(2): 39.

13 Cyber Intelligence Sharing and Protection Act, available at <https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/624> (visited 5 May 2016)

14 上海社会科学院信息研究所.信息安全辞典[M].上海:辞书出版社,2013.

部分学者注重对于英美的借鉴,从保障利益的角度对于网络安全进行区分界定,即区分对国家的安全、对公共和社会的安全以及对个人的安全。但是这种划分同时又融入了非常浓厚的主权意识,同时极力强调在我国要将网络安全放到网络空间以及网络空间主权的高度来理解¹⁵。这种观点提出,应将网络安全问题与主权问题联系起来,应特别强调网络的空间性并认识到这种空间也属于主权范畴。在这种思维下,网络空间主权思维因此凸显,网络安全的侧重点是与陆、海、空、太空等并行的网络空间安全(Security in Cyberspace)概念,并一开始就具有军事安全和主权安全性质。在这种观点下,通常被其他国家(如欧盟)从层次区分的角度置于较重要位置的信息安全,被放到了不起眼的位置。因为,“与信息安全相比较,网络安全与网络空间安全反映的信息安全更立体、更宽域、更多层次,也更多样,更能体现出网络和空间的特征,并与其他安全领域更多地渗透与融合”¹⁶;而与网络安全相比较,网络空间安全作为一个相对的概念,具有针对性和专指性,与网络安全有细微的差别。尽管两者都聚焦于网络,但所提出的对象有所不同;较之“网络安全”,“网络空间安全”更注重空间和全球的范畴¹⁷。

由于受到网络主权意识的影响,我国还有学者提出,应从混合的角度,对“网络安全”的要素构成进行非规则描述,认为网络安全应当由网络系统安全、网络数据安全、网络信道安全及网络主体秩序安全这四个要素构成,任一要素缺失,都是网络安全体系的疏漏。尤其是,网络信道安全一直是目前法律法规中比较忽视的要素,认为之前朝鲜遭受国外的网络攻击正是通过恶意流量网络出入口节点,实际上其国内各地司法部门正在处理多起利用DDOS网络信道的网络攻击¹⁸。

15 于志刚.网络安全对公共安全、国家安全的嵌入态势和应对策略[J].法学论坛,2014(6)。

16 王世伟.论信息安全、网络安全、网络空间安全[R].中国图书馆学报,2015(3):79.

17 王世伟.论信息安全、网络安全、网络空间安全[R].中国图书馆学报,2015(3):80.

18 谢君泽.《关于《网络安全法(草案)》的几个重大问题》[DB/OL].<http://info.law.fyfc.cn/b/860312>,访问时间:2016年5月4日。

近年来，还有学者提出，应从不同时期就网络安全所对应的对象进行阶段划分，将网络安全划分为三个发展阶段，即区分第一代，包括系统安全、信息安全和应用安全，第二代，包括使用安全和内容安全，第三代，空间安全（见下表）¹⁹。

网络安全时代	安全类型	主要内容
第一代	系统安全	黑客入侵和破坏
	信息安全	合法和有用信息侵害
	应用安全	程序和软件安全
第二代	使用安全	利用网络侵犯传统法益
	内容安全	违法和有害信息传播
第三代	空间安全	与国家安全和公共安全交叉融合

2.3 本文关于网络安全定义的分析

从上述国内外的网络安全定义可以看到，对网络安全形成一致接受的概念几乎是不可能的，其原因在于网络安全本身存在多类型区分的必要，有的从功能层面，有的从保护利益层面，有的则从主权意识出发，有的甚至从行为出发，进行网络安全的描述，但是这些描述都只是网络安全的某个方面，需要拼合起来且动态地看待才可能较为完整地把握住网络安全的含义。从这个意义上说，网络安全本身作为对象具有交织多样性，规范把握起来比较困难，不能简单依据一种分类把握就达到全面定义和系统规范的效果，而有必要几种分类交错展开，通过多角界定方式、交织规范的处理，才能达到合理、全面规范的效果。

除了静态内容界定上的困难，网络安全还存在动态发展的复杂性，这就使得其界定不得不保持开放性。仅就信息安全而言，我们就知道其是伴随信息化的进程而不断变化，以其载体和内容不同，可以划分六个阶段，如下表所示。

19 郭旨龙.网络安全的内容体系与法律资源的投放方向[J].法学论坛, 2015(6) :35-44.

阶段	标志及特征
文书安全	此时的安全主要用于战争，例如：战时的暗语、暗号等
通信安全	1949 年，香农（Shannon）发表《保密系统的通信理论》，阐明了关于密码系统的分析、评价和设计的科学思想，标志着密码学的诞生，人类进入通信保密阶段
计算机安全	1977 年《国家加密标准》和 1985 年《可信计算机系统评估标准》，此阶段主要侧重信息的完整性，因为计算机尚未实现网络化的发展
网络安全	20 世纪 90 年代以来，局域网技术、高速互联网技术及新多媒体网络的发展，特别是 Internet 的普及，使得商业网络得到迅速发展，计算机安全进入网络安全阶段。此阶段不仅仅关注信息的存储、处理、传输等过程的非法访问和篡改，更关注数据的可信
信息安全	1995 年，美国国防部在吸收了“信息安全防护应该从静态转向动态”的理论基础上提出了信息安全保障的概念。其强调对信息安全事件的防御能力、发现能力、应急能力及对抗能力，网络安全等级保护制度产生
网络空间安全与信息安全	网络空间主权的提出与网络信息安全观念交织在一起
数据安全	个人数据保护、数据财产化的观念日益增强

2015 年 6 月，全国人大常委会提交审议《网络安全法（草案）》，该草案试图对网络安全的概念进行界定。附则第 65 条规定：“网络，是指由计算机或者其他信息终端及相关设备组成的按照一定的规则和程序对信息进行收集、存储、传输、交换、处理的网络和系统”；“网络安全，是指通过采取必要措施，防范对网络的攻击、入侵、干扰、破坏和非法使用以及意外事故，使网络处于稳定可靠运行的状态，以及保障网络存储、传输、处理信息的完整性、保密性、可用性的能力。”

这个定义是从网络安全实施主体的行为或能力的角度，对网络安全进行定义，可谓独辟蹊径，揣测起来，大概是意识到网络安全原本定义的复杂性。但是，这种界定是从治理行为或治理能力的角度出发的，这使得规范对象本身变得更加不清晰。实际上，该定义还是间接从这种网络安全治理能力的针对范围，对于网络安全进行了范围界定，界定方式是接近功能描述式的，仍然可以划分

为网络物理安全和网络信息安全两个范畴。而且，从表述上看，应该是侧重于强调对基础设施（物理层）和网络层的安全保护，即对构建网络的各项设施以及网络本身的保护，至少对于信息安全本身没有重点强调。我国先前的法律政策文件多使用“网络与信息安全”的表述，如《国家安全法》使用的是“网络与信息安全”，但在成立中央网络安全和信息化领导小组以后，大约为了简略起见，将“网络与信息安全”的提法统一为“网络安全”²⁰。这一点与比较法上更加关注的信息安全不同。作为网络的传输、应用对象，网络信息的安全性问题必然构成网络安全问题的核心部分。信息安全强调的是防止不良的外来信息的入侵，防止信息的泄露、修改和破坏等。广义的信息安全既有网络的运行安全（防止入侵），也有信息本身的安全（信息加密等），此外也间接包括构成网络的设备本身的安全。

当然，这个定义忽略了通过其他分类比如保护利益不同的分类所具有的特定内涵揭示意义，此外也不具备动态开放的特点。

网络安全的定义在今天还应该具备网络空间意识。随着全球信息化的深入发展和持续推进，数字社会在各个领域所占的比重越来越大，量变引发质变，以数字化、网络化、智能化、互联化、泛在化为特征的网络社会逐渐向空间化方向发展，这为网络安全带来了空间化意义的新挑战，甚至出现全球化的互联互通空间²¹。因此，“网络空间安全”逐渐从一般的网络安全中分化出来，成为新的安全领域，甚至成为国际关系空间。

网络空间论导致网络主权意识出现。这种网络主权观念反映到网络安全空间的治理上，会产生两种思维分歧。一种认为，网络空间存在积极的网络主权安全治理问题，一国可以像海陆空领土主权一样，将网络空间纳入主权范围，通过行使主权保障空间安全。另一种认为，网络空间主权意识应该有所节制，从互联网的空间安全治理而言，涉及的主权问题应该是在一个消极层面展开的，

20 丁道勤.“上天入地”，还是“度权量力”——《网络安全法（草案）》述评[DB/OL].http://www.vchale.com/iPolicyLaw/209238633_1_b0a591c570b0ddca1856f86ebd871aef.html，访问时间：2015年8月12日访问。

21 王世伟.论信息安全、网络安全、网络空间安全[R].中国图书馆学报，2015(3):75-76.

一国不能在网络空间简单宣布主权，即不能简单通过宣布主权方式对网络空间圈地，相反只能在尊重其具有公共领域属性的基础上，对这一领域可能出现的加害或威胁主权安全的行为加以预防、阻遏和治理——在这一意义上，网络空间颇似公海、外空，本身非属于主权范围，却涉及主权安全问题，具有在这一领域实施主权防御的必要性。

所以，网络安全的界定方法可以多样，包括：以信息安全为重心的功能划分、保护利益为基础的目的划分、以时间或者技术过程为线索的迭代划分、以构成要素依据的内容划分，以及注重网络空间安全统和论，以主权为考虑的政治的划分，等等。但是，上述分类观点各具意义，任何一种都不足以完备。总结来看，网络安全的界定和规范，应该依据功能的划分为主，同时必要时辅助以不同分类，必须适应网络本身的不确定性和动态性，保持足够的包容性、开放性。网络安全本质上是一个具有发展属性和不断升级的概念，其中数据安全将是下一步网络安全规制与重点关注的全新时代问题。

3. 网络安全规制的治理思维：观念、价值、重点

3.1 网络安全规制的治理观念

网络安全的治理观念，是一种通过治理达成安全的思维观念，体现为以网络事业全部范围为指向的一种通过特定管理体系运用公共权威去维护其安全运行以满足事业需要的思维。它在特点上，同样必须具备规制对象的领域性而非个别性、规制方法的体系性而非简单手段性、目的的事业性而非个别利益性、规制运行机制的互动性而非简单命令性等。

网络安全规制，其规范对象网络安全本身发生在人们的网络活动之中，本身涉及行为人之间复杂的利益关系。首先，其具有活动属性并在某种具体当事人之间的利害关系中展开，应该呈现一种行为规制的特点。但是，这种具体行为最终附属于网络领域事业活动的开展，属于整体领域的具体化部分，且当事人具体利益关系的背后受制于制度整体配置的复杂性，简单的行为规制本身是

绝对不够的。这种情况，就不应该是那种简单适用于某种具体行为、具体利益关系为对象的单纯的行政规制、侵权法规制、刑事法规制手段等就可以实现关于安全的规制。而毋宁说，必须同时也从网络事业概念出发，引入行业治理或领域治理的概念，进行一种立体意义的网络安全规制，即应当引入网络安全治理思维。

有关治理思维，最早在行业管理领域出现，随着工业革命以来社会事业分工日趋发达，这种行业管理的治理观得到极大的延伸，包括各种产业、事业领域，前者如矿业，后者如金融、医疗、环境保护等。现代“治理原则”滥觞于1989年世界银行对非洲经济危机（Crisis in governance）的形容，从此治理被广泛用于政治、社会、经济学的研究中²²。政治学者俞可平认为治理一词的基本含义是指官方民间的公共管理组织在一个既定的范围内运用公共权威维持秩序，满足公众的需要²³。治理的目的是在各种不同的制度关系中运用权力去引导、控制和规范公民的各种活动，以最大限度地增进公共利益。治理与管理最大的不同在于其自身的高度包容性，其具有吸收非正式制度作为公共秩序规则补充的能力²⁴，且参与主体多元、以自身的过程性实现对静态命令与服从关系的超越。此外，治理本身还有善治与非善治的区别。

3.2 网络安全规制的治理价值

诸多领域或实际部门对于网络安全治理的基本价值或必要性，已经从各自的视角进行了广泛而深入的研究和讨论。

计算机专家侧重于标准与应用技术的开发，如XML和Java²⁵；电信专家侧重于从发展基础设施的角度加强网络安全治理；通信专家侧重于沟通安全的保护。这些表明，网络安全的价值问题是各种领域安全需求的组合问题。政治家

22 俞可平. 治理与善治[M].北京：社会科学文献出版社，2000：1.

23 俞可平.全球治理引论[J].马克思主义与现实,2002(1) :20-32.

24 周辉.变革与选择：私权力视角下的网络治理[M].北京：北京大学出版社，2016：19.

25 周辉.变革与选择：私权力视角下的网络治理[M].北京：北京大学出版社，2016：20.

通常更加重视媒体和选民所关心的话题，如技术乐观主义（更多计算机=更多教育机会）和威胁（在线儿童保护）等²⁶。人权专家和自由主义者多侧重于言论自由等基本人权看待网络安全治理²⁷。外交家更加侧重于对国家利益的实现和保护。法学家则是从维护网络空间不同主体合法、正当利益的角度对于网络安全治理的基本价值加以认识。

我国《网络安全法（草案）》在第1条规定了立法目的或价值，即“为了保障网络安全，维护网络空间主权和国家安全、社会公共利益，保护公民、法人和其他组织的合法权益，促进经济社会信息化健康发展，制定本法。”在我国，在当今网络空间时代，网络安全治理问题还具有特别的时效性，应作为国家治理体系的重要一环，即，在全面走向依法治国背景下，网络安全治理体系和能力成为国家治理体系和治理能力现代化的一种新要求、新内涵。

3.3 网络安全规则的治理重点

网络安全治理体现为战略、体制、机制三个重点要求。

首先是战略层面。网络安全体系与其他管理体系比较，具有战略的高度。当前世界各国认识到，这种网络安全本身不仅包含国家安全维度，同时网络安全所置身的网络信息化事业本身更是具有战略基础性价值，所以为了维护网络安全自身涉及的国家安全，以及为了通过网络安全保障更好地维护网络信息化事业基础，各国无一例外将网络安全问题上升到国家战略高度，将网络安全治理视为维护和强化国家竞争力、维护国家安全和主权安全的重大战略问题。在确立网络战略、网络空间战略和网络安全战略的基础上，进行这种治理体制布局。

近10年来，美国网络空间战略不断深化，经历了战略防御、综合行动、国

26 [塞尔维亚] 库巴利加、[英] 盖尔博斯坦著，中国互联网协会译. 网络治理[M]. 北京：人民邮电出版社，2005：7.

27 对于网络空间安全问题，极端的代表是美国社会活动家约翰·P.巴洛。他于1996年起草一份“网络独立宣言”（A Declaration of the Independence of Cyberspace），其反对网络空间“主权”，主张网络安全绝对自由不受任何现实世界干预。参见周辉. 变革与选择：私权力视角下的网络治理[M]. 北京：北京大学出版社，2016：20.

际扩张三个阶段，其以《网络空间国际战略》为目标，将网络安全作为国家安全的重要支柱，率先构建起网络安全战略体系。英、德、法、俄、日等近 50 个国家都出台了国家网络安全空间战略，从体制机制、立法、基础设施、产业、贸易、攻防对抗等多个角度加速网络空间战略部署。此外，网络空间外交和话语权争夺越发激烈，美国等在网络安全治理方面，极力倡导信息自由流动，主张“跨国界、跨主权”的国际治理，并大力倡导“利益相关方”治理，借助非政府组织势力，削弱他国政府话语权。从理论上看似没有问题，但是由于美国网络技术、网络应用的领先性，这种自由主张对各国网络空间安全维护和实际平等管理权造成一定程度的威胁。有关国家甚至在网络领域开展军备竞赛，建立网络特种部队，更直接赋予网络安全以军事安全的意义。

我国也不例外。2015 年 7 月 1 日，我国颁布《国家安全法》（第 29 号主席令），将网络安全上升为国家安全战略的内容，其地位不容小觑。该法第 25 条规定，国家建设网络与信息安全保障体系，维护国家网络空间主权、安全和发展利益。《网络安全法（草案）》确立和突出了网络安全的战略性，具体分为总则，网络安全战略、规划与促进，网络运行安全，网络信息安全，监测预警与应急处置，法律责任，附则七大板块，认为此种结构是“根据我国网络安全面临的严峻形势和网络立法的现状，充分总结近年来网络安全工作经验，确立保障网络安全的基本制度框架”。

其次是体制层面，网络安全治理需要进行主体设置。为了使得治理成为一种可能，必须设计主体机制并赋予其治理之权，具体包括其组织形式、权力依据、权力范围等制度规定。除了一般管理体系，各国大都设立国家级的网络与信息安全战略协调机构，强化集中领导和综合协调。美国设有直接面向总统的网络安全协调机构，领导白宫网络安全办公室，协调军民各部门工作。英、俄、日等国均都设立相关的管理机构，完善分工协作机制，全面统筹和协调网络空间各方力量。[我国关于网络安全的战略思维，有一个形成过程，2014 年 2 月 27 日，中央网络安全和信息化领导小组成立，标志着互联网安全治理上升为国家战略层次。2015 年 7 月，领导小组做出新指示，将信息化推进、网络信息安全协调等职责明确赋予中央网络安全和信息化领导小组办公室（国家互联

网信息办公室)，同时具体由工业和信息化部负责网络强国建设，致力于维护网络安全²⁸。]从体系的角度，网络安全治理体系在很大程度上有着行业自律的要求。鉴于网络安全保障在很大程度上依赖于网络经营者、从业者的自觉性和合作立场，有必要发挥行业协会对于网络安全管理的重要自律作用。《网络安全法（草案）》第8条参照了其他国家的做法，规定了这种行业自律机制，网络相关行业组织要按照章程，加强行业自律，制定网络安全行为规范，指导会员依法加强网络安全保护，提高网络安全保护水平，促进行业健康发展。然而，遗憾的是，《网络安全法（草案）》对行业协会的规定表述上看仅仅具备宣示性的作用，对行业协会在网络安全管理当中应发挥的职责意识也尚显不足，这不得不说不是一种遗憾。理想的做法是，立法应当明确行业协会对于网络安全风险评估和等级保护评估职能，应当要求网络安全组织建立本行业的网络安全保护规范和协作机制，建立网络安全风险评估机制，定期向成员进行风险提示，协助成员应对网络安全风险。此外，源于对不同的客体的保护等级不同，行业协会还应当指导、协助成员评估自身系统对应的保护等级，从而建立和自身系统相匹配的等级保护体系²⁹。

再次是机制方面。网络安全治理存在运行问题，需要通过特定手段、措施包括依据程序，促成运行方式和行动，达成各种实际的、及时的治理效果。这些机制，可以针对网络安全的功能分类，体现为物理安全的保障机制，也可以体现为信息安全方面的保障机制。它们依据手段本身的性质和特点，又可以或者表现为纯粹技术的手段，或者表现为行为规制的手段。应特别注意的是，网络空间本身是技术的产物。无论是物理的安全，还是信息的安全治理，本身都需要依赖技术的改进和应对。此外，这些机制，也可以依据针对网络安全的利益保障性质，表现为不同法律保障机制的设计，例如民事保障机制、行政保障机制、刑事保障机制，分别针对网络侵权或违约、网络行政违法、网络犯罪。

28 参见《中央编办关于工业和信息化部有关职责和机构调整的通知》，<http://www.miit.gov.cn/n11293472/n11459606/n11459642/11459720.html>，访问时间：2016年5月4日。

29 根据《关于信息安全等级保护工作的实施意见》，我国把信息和信息系统划分为五个保护等级，从低到高依次为：自主保护级、指导保护级、监督保护级、强制保护级和专控保护级。

它们也可以从治理阶段的角度，区分为预防手段、惩治手段和完善手段，包括系统建立网络安全促进技术发展机制、监管机制、应急保障机制和安全人才培养机制³⁰。

网络安全治理机制，应该具有较大的灵活性。应该针对网络空间的复杂性和动态性，法律应当赋予网络安全治理机构必要的政策规章制定权以及管理上的灵活机动性。法律制定程序相对烦琐，很难及时应对网络技术对法律的冲击，诸多互联网领域的新问题尚无现行法律依据，游走于法律的灰色地带，需要治理机构积极依据程序，运用体制赋予的灵活性加以及时决断。以严格的教义学为出发点的传统法律规制路径，很难适应日新月异的网络安全治理要求，所以不能简单理解“依法行政”、“依法治国”。以《反不正当竞争法》为例，“流量劫持、深度链接、竞价排名”，本身没有得到立法明确，这就需要网络安全治理机构动用灵活性及时、合理加以解决。

4. 网络安全法的原则与体系构成

4.1 网络安全法的原则

网络安全法作为网络安全法律规制的基本法，体现为以治理思维为基础的综合、动态立法，从治理原则上来说至少覆盖四个方面，包括应该明确与网络基础规范的关系的原则、网络安全的目的与结构的原则、网络安全体制的原则以及网络安全运行机制的原则。

4.1.1 首先是与网络基础规范的关系原则，体现为网络运营、公平与安全相结合的原则。在今天网络技术高度发展的背景下，我们必须适应网络技术的发展趋势，并且以充分享受网络福利、合理追求网络创造为基础尊重其自由开发与应用，特别是应极大发挥其促进商业、社会、文化、政治等方面不断开放的自由功能。但是，我们又必须看到，网络科技开发及其应用，本身具有复杂

30 崔聪聪,中国信息安全立法的宏观分析与制度设计探究[J].苏州大学学报,2014(1):96-100.

面，可以在积极方面也可以在消极方面对经济、社会、文化乃至政治产生巨大作用力，所以，我们又必须在鼓励其极大自由地开发和应用的的同时，注意消除或者克制其副作用的一面，这就需要同步做到确保网络公平和安全。所以，第一条原则即网络运营、公平与安全相结合，应该同时处理好运营、公平、安全三个主要维度的关系，三者不能相互孤立，缺一不可。

《网络安全法（草案）》第3条³¹规定了“国家坚持网络安全与信息化发展并重”，第7条规定了“建设、运营网络或者通过网络提供服务……保障网络安全、稳定运行”，第9条规定了“国家保护公民、法人和其他组织依法使用网络的权利……保障网络信息依法有序自由流动”，这些都不同程度地涉及网络自由与网络安全的协同问题，但是并未上升到一个更加宏观整合的高度，同时忽略了网络公平问题。所以不意外的是，在具体展开中，《网络安全法（草案）》多为管理授权条款及营运者和用户义务规定，仅用寥寥法条阐述运营者、用户的权利（比较典型的为第54条和第9条），颇有将网络安全法完全建立在绝对的管理权力基础上之嫌，而忽视了运营、公平与安全的协同基础。

4.1.2 其次是维护网络安全的目的与结构原则，体现为目的上确保网络系统和活动中国家、社会和个人正当利益的安全以及结构上确保国家、社会、个人正当利益的安全一致受保护的原则。前已述及，网络安全可以从不同角度加以理解，例如目的、功能等角度，但从价值原则上说应该是从立足目的角度，如此才能上升到法律精神的高度。从目的上说，网络安全的法律规制应该致力于确保网络技术和开发应用对于人类带来积极福利的同时，积极避免其对于国家、社会和个人正当利益的危害和破坏，这种正当利益既包括具体利益，也包括整体上的政治、经济、社会、文化等利益。此外，我们要注意，这一目的原则是一种结构的存在，国家、社会和个人均需尊重，不得偏废，这就使得网络安全法在保护利益体系上存在一种复合利益多重交织的特点和要求。《网络安

31 参见《网络安全法（草案）》第3条：“国家坚持网络安全与信息化发展并重，遵循积极利用、科学发展、依法管理、确保安全的方针，推进网络基础设施建设，鼓励网络技术创新和应用，建立健全网络安全保障体系，提高网络安全保护能力。”

全法（草案）》在第9条涉及了网络安全问题上国家、社会和个人的正当利益一体保护问题，该条规定了两款，但是表述上非常不清晰³²。

4.1.3 再次是维护网络安全的体制原则，体现为治理体制上的统一领导与分工协作监管相配合的原则。网络安全治理作为一个科学可行的有效体系，从功能上而言要做到与网络系统、网络运行结构的实际特点相符，也就是说治理机制应该覆盖全面、纵横交错，同时又要突出必要层次与事项的区分。确保网络安全是网络的基本价值之一。为了使这一基本价值得到实现，在治理机构、职责以及管理事项上面，提到保障配置层次，就此进行基本价值保障，确立统一领导机制和战略管理机制。许多国家为此设立高级别的领导体系，确立战略管理架构。我国也不例外，中央网络安全与信息化领导小组的成立，就是其体现，此次应该借助《网络安全法（草案）》立法在治理体制层面予以清晰化，使得其作为政治的体系能够与国家的体系相对接。此外，网络安全事务非常复杂，涉及基础、运行、管理和信息不同类型的安全，也涉及经济、社会、政治、文化等不同领域的安全，涉及国内和国外不同的关系，涉及合法与违法、一般违法与犯罪等不同情况，这些都使得统一领导难以化为统一管理，所以，应该依据现行机构体制的科学特点建立一个严密合理的分工协作的管理体系，配置必要的职责，明确清晰的程序。

4.1.4 最后是维护网络安全的运行机制原则，体现为治理体系上战略管理与具体管理相配合、重点管理与一般管理相配合的原则。网络安全治理体制体现的是网络安全功能承担主体的配置，网络安全治理机制的体现则是功能具体实施途径和方法的配置。这种配置设计，必须通过科学的思维，针对网络科技和网络空间的特殊性进行多功能、多层次、多维度、多环节、宏观与微观结合、

32 参见《网络安全法（草案）》第9条。第1款为：“国家保护公民、法人和其他组织依法使用网络的权利，促进网络接入普及，提升网络服务水平，为社会提供安全、便利的网络服务，保障网络信息依法有序自由流动。”第2款为：“任何个人和组织使用网络应当遵守宪法和法律，遵守公共秩序，尊重社会公德，不得危害网络安全，不得利用网络从事危害国家安全、宣扬恐怖主义和极端主义、宣扬民族仇恨和民族歧视、传播淫秽色情信息、侮辱诽谤他人、扰乱社会秩序、损害公共利益、侵害他人知识产权和其他合法权益等活动。”

事先预防与事后解决结合、一般处置与应急处置结合的机制交织，分别需要借助不同的途径和方法，并且进行重点突出与一般管理的合理布局。

《网络安全法（草案）》没有明确规定战略管理与具体管理相配合、重点管理与一般管理相配合的原则，但是在具体体例安排上体现了这一原则。我们可以从第二章“网络安全战略、规划与促进”和其他章节的区分看到这种处理，但是总体上意识不足，体例安排的科学性也就存在不足，比如具体管理应该依据功能以及重点，区分“网络基础设施”、“网络运行、技术与运营管理”、“个人信息与数据资产保护”、“行业组织和自律管理”、“网络监测、预警与应急管理”、“网络开放与国际合作”等。此点前面已经提及，不复赘言。

4.2 网络安全法的体系构成

网络安全法律规制，从治理思维的体系化、动态化视角，其基本的法律框架应该体现治理原则和治理规则的体系。其中，治理规则在事项内容方面要体现治理体制、治理机制、治理责任等重点要求；在程序方面，则要体现治理权力的配置和运行、治理手段的条件和实施、治理义务的承担和执行、治理效果的发生和承担，总之，是权力—运行—义务—承担—责任的要求。

网络安全法是网络安全法律规制的基本法。目前的《网络安全法（草案）》具体分为总则，网络安全战略、规划与促进，网络运行安全，网络信息安全，监测预警与应急处置，法律责任，附则七大板块。这种架构在体系化、动态化搭建方面存在一定的意识，比如区分了作为原则规定的总则（第一章）和作为规则的具体规定（其他章节），在规则架构上，突出了网络安全的战略性，并且按照管理的环节安排篇章。

《网络安全法（草案）》安排的是一种基于一般管理法视角的架构思考，而并未着重于网络安全法作为现代治理型立法的需求，与治理法应突出体制机制的科学体系和动态配置的要求尚有差距。《网络安全法（草案）》在一定程度上体现了体制的要求，但是进行的是扁平化的处理；此外，也注意到要从功能角度布局机制的要求，区分了“网络安全战略、规划与促进”、“网络运行安全”、

“网络信息安全”、“监测预警与应急处置”、“法律责任”几个方面，但是规范区划上较为简陋而且较为理论化（例如网络运行安全和网络信息安全的区分），导致在实践规制的操作上不够精密，也不够实际。

本文认为，从治理法体系的主要结构出发，网络安全法规制重点首先是规制体制架构问题，然后是几大机制板块，包括“网络安全战略管理”、“网络基础设施安全”、“网络运行、技术与管理的规制”、“个人信息与数据资产保护”、“行业自律”、“网络监测、预警与应急管理”、“网络开放、数据开放与国际合作”。这些机制板块同样也是基于功能的区划，却是从实践中网络建设和运营最基本的层次结构和分工特点的角度展开的，且不刻意区分物理安全和信息安全，意在打破这种区分的绝对性，强调信息安全在目标上的可贯通性。此外，进行了必要的体系交叉和功能限制，比如“个人信息与数据资产保护”、“网络开放、数据开放与国际合作”、“行业组织和自律管理”。程序性问题融入具体的章节。所以，建议修改为第一章“总则”（制定依据、法律原则与适用规定）、第二章“网络安全体制（机构体系与职责）”、第三章“网络安全战略”、第四章“网络基础设施安全”、第五章“网络运行、技术与管理安全”、第六章“网络监测、预警与应急管理”、第七章“个人信息与数据资产保护”、第八章“网络开放、数据开放与国际合作”、第九章“行业组织和自律管理”、第十章“法律责任”、第十一章“附则”。

此次《网络安全法》起草，基于以上体系结构，势必遭遇若干难点课题，其中比较复杂的应该有：网络安全和网络运营关系问题；网络安全体制架构问题；完善网络安全战略管理机制问题；网络基础设施安全保障问题；完善网络安全信息共享制度问题；推进数据安全保障问题；个人信息保护和数据资产化问题；数据开放、数据流动和国际合作问题；行业自律问题等。限于篇幅，这里就不具体展开。

5. 结论

网络安全法律规制，关乎网络时代的国本民生，恰如《国语·晋语四》有

云“蓄力一纪，可以远矣”，可谓功归一载、利在千秋。但是，网络安全立法的科学把握甚为微妙：网络安全问题存在认识上的复杂性，必须多角度地交织透视，网络安全随着技术发展，不断变化、动态提升。

所以，在网络安全规范应当避免走侧重简单行为规制的老路，面对网络空间化之后层出不穷的网络安全问题，不能简单通过一般的加强行政审批及网络行为处置来维系，对于新兴的移动互联网背景下的网络安全尤为如此。其立法定位具有治理法的典型特点，应以治理为目标，妥善处理企业、国家、社会、个人四元关系，妥善处理保护与发展的关系，从权威管制到社会共治转变，形成以法律为根本、以社会多元主体共同治理为基础、以事中和事后监管为重点的互动合作式的治理模式。

《网络安全法》的框架结构，必须顾及治理法的特有结构性，包括：重点突出网络安全体制规范、网络安全战略、网络基础设施、网络运行、技术和管理等机制规范以及个人信息保护、数据资产化、数据安全、数据流动、国际合作等方面的价值平衡。此外，《网络安全法》要注重基本法与其他法的配合，不久的将来出台之后，还要制定一些具体配套立法，同时及时修改和补充既有相关法律规定，如刑法、民法、行政法和诉讼法等³³。

33 《刑法修正案（九）》对信息安全的内容进行了大幅度的修改，在强化公民个人信息保护、服务提供者不履行网络安全管理义务、违法设立发布虚假信息的网站、扰乱无线电秩序、信息网络媒体传播虚假信息、入侵破坏计算机系统六个方面做出了细致的规定，进一步完善了我国信息安全刑法规制。

04 网络法基本问题之探讨

张 楚

中国政法大学教授 博士生导师

中国政法大学知识产权研究中心主任

中关村知识产权法律保护研究院执行院长

法是一种由国家制定或认可的、具有强制执行效力的行为规范。虽然，网络法是近几十年来在全球范围内新兴的一个交叉性规范领域，但其法的基本属性不容否认。这里所谓的“强制性行为规范”，至少包含着以下三层意义。

一是法的调整对象——“行为”，即人的活动，以及由此所产生的一定社会关系。二是法的工具性作用——“规范”，它是相关法律制度的总称，是国家调整社会关系的工具，对社会行为具有引导作用。三是法的效力定位——“强制性”，即行为人必须服从该规范，而非自愿选择，否则，将受到制裁。

以法的这三项基本要素来分析信息网络法律规范，就必须首先回答如下三个问题。

一是信息网络是什么？人们在信息网络上进行着哪些活动？这一问题是从法的调整对象着眼的，因为有了信息网络以及运行于其间的各种活动，才有了信息网络规范（特别是法律规范）赖以生存的基础。显然，该问题中隐含着学科的交叉性，因为不了解有关计算机网络的构造与运行的一般原理，就很难深入把握信息网络法的对象——运行于网络之中的人的行为及其关系。

二是信息网络空间有哪些规范？它们由谁制定，又是如何实施的？这一问题是从法的形成及其作用入手的，它将探寻信息网络技术规范来源及其作用范围，以求发现信息网络自身规范的产生及其特点。尽管其结果可能令惯性思维者困惑，甚至失望，但它却不可回避。

三是信息网络规范的效力层次如何？这是前一问题的自然延伸，它从法的强制性特征切入，通过对不同信息网络规范的效力范围和层次的分析，以便将法律规范与信息网络技术规范进行比较。

除了上述与法的基本要素相对应的问题之外，还应当阐述信息网络法与其他（非信息网络）法律的关系，探求信息网络法在法律体系中的地位及其内在规律。这就是另外两个问题，即“其他（非网络）法律规范可以调整信息网络行为吗”，以及“信息网络法的价值和原则是什么”。因为它涉及信息网络法作为新生的、相对独立的法律领域存在的必要性。

1. 信息网络法的规范对象——信息网络及人们的网络活动

1.1 信息网络的含义

网络，本义上是指交错连接的系统，既可指物理上的有形连接，如通信网，又可指观念上的无形连接，如人际关系网。然而，到了20世纪90年代中叶，当人们提起网络时，就会不约而同地意识到：网络就是计算机之间的连接，甚至仅仅是指互联网。不过，时至今日，网络的含义已超出了“计算机网”缩略语的地位。因为，随着技术与媒体的融合，三网（电信、计算机、广播电视网）合一的趋势已经成为现实，网络被赋予了更新的含义，其范围将越来越广。本文所谓的信息网络，主要是指互联网（Internet的中文译名），它运用客户、服务器（Client/Server）技术，以及传输控制协议和互联网协议（TCP/IP），将全球原本独立的计算机网络连为一体，形成了资源共享、协同工作的体系。我国台湾地区将之翻译为“网际网路”，大陆则称之为国际互联网，有时又称其为信息网络，或叫互联网。鉴于网络“互连与共享”的本质特点主要表现在互联网

上，网络所引发的法律问题也都集中于互联网，因此，本文将研究的重点聚集于互联网所引起的法律问题。如果有关互联网的法律问题解决了，那么各种与信息网络有关的法律问题，也就迎刃而解。所以说，本文所谓的信息网络法，主要是指有关互联网的法律规范。

互联网是建立在现代计算机、通信、存储技术基础上的，是成千上万个相互协作的网络，以及网络所承载的信息而结合的集合体。它是电话系统、邮件服务、新闻媒体、购物中心、信息储存搜索、音像传播系统等功能结合而成的一个整体。从互联网的技术构成和发展前景看，它又绝不是其中的任何一种单一功能的体现。它不仅是无数计算机连接而成的网络，还包括网上的信息；不仅是网络中无形的信息库，还是世界上规模最大、覆盖面最广、内容最丰富、最为快捷的资源配置系统，是信息社会运行的基础。从社会学角度看，它是一个新虚拟的社区。所谓“网络空间（CY-BERSpace）”，是指这种人类活动的新领域。人们的许多需求和理想，都在这里得到了实现，如远程医疗、在线交易、实时监控、智能化预测、网友社群等，可谓不胜枚举。

1.2 信息网络的核心是什么

从外观上看，信息网络是为了进行通信或共享信息而相互连接在一起的一组计算机，它由终端机、服务器、路由器、网络接口等有形设备组成，即 **Network**。信息网络的具体形态多种多样，诸如局域网、广域网、专用网、公用网等，其通信介质可以是电缆、光纤、微波的，也可以是移动基站或卫星传输的。但是，当进一步考虑为什么这些设备可以联机共同工作时，就会发现在这些有形硬件设备的内部，还隐藏着某种超越具体形态的东西，这就是各个计算机网络所共同遵守的，一组能够使之相互连接、资源共享的规则——诸如 **TCP/IP** 等有关传输的协议。全球互联网络的核心，就在于这一系列连接网络的基础性（标准化）协议，而不是有形的硬件或个性化的应用软件。这些协议实际上就是网络中的基本行为规则，离开了这种开放性、公开化的标准，全球互联网就不可能产生。因为只有当计算机上的软件与协议兼容时，才能加入其中，成为网络的一部分。相反，各个网络执行一套独立的连接规则，就只能产生“各自为政，画地为牢”

的局域网。如果从网络的构建规则出发，进一步考察其社会意义，全球网络的人文精神也就蕴藏在开放、共享的协议标准之中了。

1.3 人们在信息网络上的各种活动及行为类型

信息网络是作为一种通信手段而出现的，但其功能远远超出了初始的设计目的。其应用形式从简单的信息交流，已扩展到社会的各个领域，人们在其中所从事的活动越来越多样化，除了电子邮件（E-mail）、电子公告版（BBS）等最基本的方式，还产生了许多层出不穷的新通信形式。仅以电子邮件为例，就出现了语音邮件、实时交互邮件（ICQ）等。同时，由于网络带宽的增加，云计算的应用、智能软件的成熟，已经产生了许多令人惊叹的电子商务、电子政务工具，诸如安全电子交易、虚拟现实场景、交互 Web 信息、多媒体会议等，就是其适例。从运用信息网络所开展的业务来看，至少有以下几大类。

一是电子商务。B2B、B2C、C2C 等交易，都是以互联网为其运行平台的。电子商务是网络社会化应用的动力所在，新兴的交易模式方兴未艾，如网络银行、网上证券交易、在线彩票发行系统等，均在其列。

二是电子政务。无论是国家立法、司法、行政活动，还是其他政务活动，也无论是政府系统内的、还是系统外的管理，都将实现网络化，如工商管理中的企业电子注册、税务管理中的网上报税等，都是其具体表现。电子政务，是政府网上生存的重要形式，它也将扩展网络的应用领域。

此外，网络社群也是网络应用十分耀眼的亮点，如近年来出现的微信社群，就是典型的例子，其基本功能有语音通信、视频聊天、实时分享，而其信息内容所涉及的领域，几乎无所不包。不仅如此，其衍生功能还扩展到了手机支付、移动约车、位置分享、个人理财等，渗透到人们生活的各个方面，不仅跨地域、跨行业、跨代际，而且其自媒体、自组织、自筹资、自运营的特点，越来越明显。

作为现实社会的延伸，凡是与数字信息相关的行为，都可以在信息网络上开展并实现，其涉及面极其广泛。与此相应，信息网络的应用行为，也将成为人们的基本行为方式之一，并对社会的各个方面产生前所未有的深刻影响。这

也是信息网络法之所以成为新的法律领域的原因之一。从法律角度看，信息网络上的行为大致有以下一些类型：一是民商事行为，二是行政行为，三是诉讼行为，四是司法行为。随着信息网络应用的广泛与深入，立法活动也有可能在网上进行。以合法行为来说，凡是不需要以物流和人身（有形物质为客体 and 人体必须排除在外）为对象的商业、政务活动，都可以在信息网络上实现。但不可忽视的是，由于信息网络负面作用的存在，许多违法、犯罪行为，也可以同时在网上开展。就非法行为而言，凡是不以有形物质和人体为对象的行为（如抢劫、强奸等），都可以在网络上出现。总之，除了以有形物质和人体为目标的行为，其他所有的行为，不论是合法的，还是非法的，都可以在信息网络上进行。简言之，所谓信息网络行为，也就是以网络为运行基础的各种人为的活动。

从上述信息网络行为的范围来看，它涉及各种社会关系。因此，规范信息网络活动的网络法，也将是一个高度综合的法律领域，其中既有反映信息网络特点的技术性法律规范，同时，又有以现实中的各个法律部门为依托的、专门解决某些信息网络社会问题的法律制度，它们相互联系，互为补充，构成了相对完整的信息网络法律规范体系。

2. 信息网络空间有哪些规范，它们是由谁制定并实施的

2.1 信息网络空间有哪些规范

既然网络空间是一个以计算机物理网为依托的人类活动的新领域，那么，其中也必然存在着应用于网络构建行为的技术规范和针对网络应用行为的法律规范。譬如，“开放系统互连”标准（Open System Interconnection, OSI），就属于前者，它是网络之间互连的规则，谁违背了它，谁就会被排斥于信息网络之外。而禁止发送垃圾邮件的规则，就属于后者，它是针对应用于信息网络之上的行为规范。当然，除了上述两种规范之外，信息网络规范还应包括本文不重点讨论的道德规范。

信息网络（指互联网）技术规范，主要由标准化协议（Protocol）构成，它

适用于所有与互联网相连接的网络，具有公众性、中立性和一致性，旨在通过克服计算机网络的异构互连障碍，为全球搭建开放性的信息交流平台。而信息网络法律规范，则在本质上与传统的法律规范相同，它以价值判断为基础，体现的是社会阶层的利益关系，并且具有国家强制性。两种规范的差别在于其适用的对象、目的，以及实现的方式不同。适用于全球的技术规范和以地域管辖为基础的法律规范之间，就产生了明显的矛盾，甚至达到了难以调和的地步。

值得指出的是，二者并非是截然分开的。有些信息网络规范貌似中性技术标准，但实际上却是技术性法律规范，因为它体现着一定群体利益的价值取向，并具有明显的国家强制性。如一些国家为本国信息安全所制订的诸如密码、信息网络安全等技术管制标准，就具有明显的国家意志性。

信息网络规范大体有以下几类

其一，技术规范——纯网络技术规范。具有中立性、全球性、自律性。

其二，法律规范之一：技术性法律规范。针对技术问题，以技术为实施手段，体现立法者的价值取向。法律规范之二：信息网络社区法律规范，即通常所谓的信息网络法，它以社会化的网络应用关系为对象。法律规范之三：其他法律规范。即非网络法，或者产生于信息网络形成之前，或者虽产生于信息网络之后，而与信息网络问题无直接关系，但却间接约束人们网络行为的规范。

上述对信息网络规范的分类，旨在分析各类规范的属性及其相互之间的关系，从而抓住信息网络法的关键环节。一般来说，对法律规范（包括技术性法律规范和信息网络社区法律规范）的研究更为重要。因为它集中体现着立法者的价值取向，并且对网络的发展具有直接的调整作用。需要指出的是，为了较深入地研究信息网络法律规范，又不得不了解一些技术规范，这是由信息网络法的学科交叉性所决定的。

2.2 谁在为全球信息网络制定技术规范

通常，人们只是作为普通的用户使用网络，享受着它所带来的各种便利，很少去思考谁在为信息网络制订规范这一具体问题。然而，这却是一个信息网

络法研究者所不得不回答的问题，因为它是探讨网络规范来源与分类时所必须澄清的问题。不仅如此，在探讨信息网络法律规范前，也应首先明了信息网络技术规范的特点，及其对技术性法律规范的影响。该问题是可以也是必须回答的。

信息网络并非天然产物，而是遍及全球、服务于全人类的信息基础设施，是科技高度发展和协同的结果。与一般的人造产品不同，它是一个超越单一组织、跨越地域的高度开放的设施，并且其中运行、蕴涵着大量的社会活动，以至于构成了新兴社区。它并不是某一个人，也不是某个跨国公司，抑或是一个国家所能完全建立或主宰的领域。这种超越常规的开放性，往往使那些惯于从法的国家意志性和管辖的地域性出发考虑问题的人产生迷惑：似乎以民族国家为基础的法律，在网络社区中找不到坐标了。而要真正了解信息网络规范的来源，就要从其技术特点和管理体制入手。

2.2.1 信息网络的技术特点

信息网络（指互联网）的技术特点主要表现在 TCP/IP 协议和域名系统的成功应用上，它克服了长期困扰计算机界的异构系统互连问题，具有广泛的适应性和灵活性，应对社会及技术发展的需要，在信息交流方面实现了“车同轨，文同形”的效果。其特点至少有以下几点：一是协议标准的开放性，即它独立于特定的硬件、软件系统，并可以任由网络接入者免费使用。二是地址与域名规则的统一性，即信息网络中的每一个设备，都具有唯一的地址，而每一网络用户的域名也都不会发生重复。信息网络的全面开放和地址的独一无二这两个技术特征，使互联网的全球接入和全网搜索成为现实，因而全球开放性是其本质特性之一。三是技术的融合性，也是其重要特点。各种媒体均可在其中应用，而“三网合一”，则正是其融合性的显著体现。此外，交互性、共享性亦是业界所公认的技术特点。这些特点最终都对网络法律制度的设计产生了重要影响。

信息网络的技术特点给社会关系所带来的影响是全方位的、综合性的，譬如，财产客体的更新、权利边界的模糊化、主体职能的交织等，都是其具体表现形式。由此，产生了对信息网络社会关系调整的法律领域的高度综合性，即在信息网络法律系统中同时要涉及传统的多个法律部门。

2.2.2 信息网络标准的形成

网络起源于计算机之间的相互连接，其建立离不开硬件和软件两个方面，而要达到各个计算机网络之间的连接和协同工作，服务器、路由器等各种硬件设备应具有相应的功能是必不可少的，但最关键的却是沟通各种网络系统（包括软、硬件），并使之互连、共享的标准化协议。仅仅提高某一种机器的性能相对容易，而要促成全球各个厂商、各种型号之间的硬件都能相互连接，协同工作，则并非易事。如果没有统一施行的标准，互联网就不可能产生。因为使用互不兼容的软件和硬件的各种计算机网络，根本就无法互连。换言之，信息网络技术标准是网络赖以生存的基础。从某种意义上说，谁制订和执掌了互联的标准，就意味着谁组织、指挥，以至于掌握着信息网络。

说到信息网络协议标准，就不能不提及标准的制订者。然而，网络的异构性和跨越性，以及标准制订的开放性、松散性，使得人们很难确定一个统一的、权威的信息网络标准制订组织。参与网络标准制订的至少有：互联网工程任务组（IETF）、万维网联盟（W3C）、国际标准组织（ISO）、国际电信联盟（ITU）、美国电气和电子工程师协会（IEEE）等组织。

互联网工程任务组是重要的网络标准制订者之一，尽管它有较正式的名称，但实际上它是个松散性的组织，其成员多用电子邮件联系。它所发布的标准，被纳入“请求注解”（RFC）标准系列之中，而该系列最早可追溯到互联网的前身“阿帕网”（ARP-NET）。RFC 由网络专用技术标准组成，包括了传输控制协议/互联网协议（TCP/IP）通信协议、域名系统（DNS）等最基础的协议标准。万维网联盟管理着“环球网（WWW）”标准，它是由许多公司或团体组成的机构，微软、IBM 等都是其成员。其成果包括 HTML、XML 等语言标准。此外，ISO、ITU、IEEE 等国际性专业组织也参与了一些信息网络标准的制订。

政府间国际标准化组织（ISO）经过多年艰苦工作制订的“开放系统互连”标准（Open System Interconnection, OSI）具有重要的指导意义，但并未完全被采用。实践中真正使用的反而是信息网络初创时期的传输控制协议/互联网协议（TCP/IP）通信协议。实际上，现行的信息网络标准，是从实践中产生的惯例，

它经历了从技术解决方案到普遍性规范的过程。其间，伴随着无数次有组织的编写、实验、修改、选择和推广应用。

信息技术标准并非某一国家或某一政府间国际组织所制订，却实际上具有独特的执行效力。因为谁不遵守这些协议，谁就将失去进入网络世界的资格，而最终被淘汰出局，其结果类似于被判资格刑或被流放。这类技术规范直接反映了业内专家对技术规律的认识和选择，其优劣程度决定着信息网络生存状态和发展前景。从规范的性质上看，它本身是一种自律性的（或称习惯上的）、国际性的技术规范。

信息网络的发展经历了：从封闭型到半封闭型，再到全开放型；从非营利性到商业化运营的过程。与此同时，有关信息网络的规范，也走过了从以中立性技术规范主体，到以法律规范核心的过程。一方面，商业化运营必将使信息网络空间形成无数错综复杂的社会关系，并由此而产生大量的纠纷。同时，信息网络的开放性、匿名性，及其负面作用的不可避免性，也加剧了对强制性社会规范的需求。

2.2.3 信息技术规范的特点

信息技术规范与一般法律规范之间存在着一些明显的区别。首先，它具有非官方化特点，协议的制订者并非是某国政府或政府间国际机构，其参与者既有厂商、团体，又有个人爱好者。不过，这种非官方化特点只是相对的，它并不排斥某国政府或政府间国际组织的参与。事实上，已经有许多政府间国际组织有兴趣加入其中，不过，到目前为止，它们都未在网络标准的制订上占主导地位。其次，多元化开放性，协议的制订并非由一个组织主持或完成，而需要多个机构协同工作，即使同一标准，也可能出现多种方案，通常都在网上公开草案，以便评议修改。这种多元化开放性，具有一定的社会民主色彩。再次，具有动态性特点。这是由于技术进步的推动所引起的，也就是说，信息网络标准（规范）需要根据技术的发展，不断更新、升级，制订逐次提高的标准版本。既要照顾现行信息网络的稳定运行，又要吸收最新的技术成果，而循序渐进，逐次升级，就是在动态中寻求平衡。此外，技术标准的免费使用也是其

特点之一。这不仅使之成为公共产品，同时，也使其能被广泛应用，并且极大地促进了兼容性应用软件前提的出现。

现实中，有许多学者从国家制定法（国内法）的角度来研究信息网络规范，这固然有其合理性。但是，面对普及全球、不隶属于任何国家，也不属于某个政府间国际组织管理的互联网技术规范，就有必要根据信息网络自身的特征，做出适合其本质的解释。因为从信息网络技术规范的全球性和非官方化特点来看，它应当属于国际性自律规范的范畴。尽管各国政府，以及政府间的国际组织都在加大对信息网络规范制定方面的影响力。起码从目前来看，在信息网络技术规范方面，国际性自律规范仍然占主导地位的情况并没有改变。

2.2.4 全球信息网络技术规范是如何实施的

互联网是全球范围内的网络联合体，任何组织都无法对该信息网络拥有整体意见上的支配权。尽管互联网协会监督、协调网络政策的制定，但是，它却并不直接负责信息网络规范的实施。这正是互联网技术规范与法律规范的重要区别之一。因为信息网络技术规范主要针对网络构建行为而设置，具有明显的自律性，有人组织制订技术规范，却无须专人负责执行，而要靠信息网络社区所有参与者共同自觉地遵守。实际上，信息网络技术标准排他力的存在，本身就比任何专门执行机构的效力更为强势。因为凡是与互联网标准不一致的网络，就无法与使用标准协议的网络相连接。换言之，信息网络规范的实施，是通过技术标准被广泛采用所产生的事实上的影响力，以及对非标准技术所形成的排斥力这两种途径而达到的。所以它不需要专门的执法人员实施，而是通过对非标准技术的障碍（或称排斥）来实现的。

信息网络的构建，只是手段而非目的。在信息网络上开展各种专业化、社会化的应用，以利于人类谋求福利，才是其目的。然而，在新兴的信息网络社会中建立良好的秩序，却远比信息技术规范的实施要复杂得多，仅仅靠技术专家和自律规则，是不能完全胜任的，还必须有国际性法律规范，或者是各国相对统一的法律制度予以全面配合。因为信息网络的负面功能可能被人滥用，以至于使网络完全陷于瘫痪，甚至彻底被毁坏，如黑客的入侵行为、病毒的泛滥

等，就是常见的例证。这些对信息网络应用层面社会化行为的调整，往往就不是纯技术规范所能奏效的了。

3. 网络规范的效力层次与影响

如前所述，信息网络规范主要由技术规范和法律规范两部分构成，而在信息网络法律规范中，又包含着技术性法律规范和网络社区法律规范两种。由于其适用对象和调整方式的不同，其效力层次也明显存在着差异。

3.1 信息网络技术规范的效力层次

诸如 IP 传输协议、域名体系等规则，都属于信息网络技术规范的范畴，它们直接反映了业内专家对科学规律的认识和选择，是当代科技成果的结晶，它调整的是信息网络构建行为。这种网络基础关系，是以行业的共识与自律为基础的。尽管它也调整信息网络主体之间的关系，却并不属于法的范畴。因为它既不需要国家制定或认可，也不需要国家强制力予以实施。也就是说，违反该标准者不需要直接承担法律责任。信息网络技术规范是指引网络构建行为的普遍准则，就其适用范围看，它具有广泛性，绝大多数网络构建行为，都在其调整范围内。从其价值取向来看，它具有中立性，并不直接反映某一利益集团的主张。它严格地应用于网络连接、传输、语言标示等方面，而不涉及信息网络行为的内容。虽然各国，特别是某些技术大国，都想以各种方式对信息网络技术规范进行影响，以争取占领网络制高点。但是，这并不对信息网络技术规范的性质产生根本影响。因为任何阶层和团体，都可以对中立性工具的信息网络技术规范免费、平等地使用。所不同的是，掌握了信息网络技术标准制定权的阶层或团体，将在利用信息网络进行商业化竞争方面更具优势。

信息网络技术规范直接规定网络构建者与网络技术规律之间的关系，处于信息网络规范的基础层，是其他规范运行的平台。从其效力层次看，似乎由于其缺乏强制性，而低于法律规范。但实际上，由于其强大影响力和技术排斥力的存在，以及其适用力的普遍性和无损耗（无折扣）性，使得信息网络技术规

范比通常的法律规范更易于实施。产业界流行着这样的说法,“得标准者,得天下”,就是这个意思。因为被普遍遵守的技术标准,在事实上已经具有了难以抗拒的能量。

值得指出的是,尽管信息技术规范极其重要,甚至对法律规范有着关键性的制约作用。但对该类规范的制定和修改,毕竟是科技工作者的任务。法律工作者认识其特点,只是为了了解信息网络法所依托的底层基础,以利于更好地制定适应科技规律的法律规范。法律工作者不应该也不可能去越位行事。环顾信息网络法的自身任务,其研究重点仍然在于信息网络法律规范,即技术性法律规范和信息网络社区法律规范方面。

3.2 信息网络法律规范的效力层次

信息网络法律规范,是针对网络应用行为的法律规范,主要调整那些因信息网络应用而产生的各种社会关系,诸如电子商务交易、电子政务管理、网络社群活动等,都包括在内。而技术规范则以网络构建行为作为其对象,主要调整信息网络行为主体与网络技术规律之间的关系。

信息网络法律规范又包括技术性法律规范和网络社区法律规范两种。二者都具有法的属性,属于强制性规范。与技术规范相比较,它们都以国家意志为要素,以国家的强制力为后盾,以国家的管辖地域为效力范围。因而,从全球范围来看,各国的信息网络法律规范之间,就很可能缺乏统一性和中立性。

第一,关于技术性法律规范。所谓的技术性法律规范,就是以技术指标内容,经由国家机关制定,旨在解决技术问题的规范。通常,它们需要以具体的技术手段为其实施方案。譬如,工业和信息化部、公安部制定的“电子认证技术标准”、“电子加密安全标准”等,都属于此类。表面上看,这些规范解决的是技术问题,但其法律属性是不容忽视的。这不仅是因为它们具备法的外观属性,而且由于它们在信息网络规范体系中处于枢纽地位,对信息网络的发展具有直接的调整作用,集中体现了立法者的价值取向。对于信息网络这种高科技

设施中所产生的许多问题，必须通过技术性法律规范才能取得对症下药的效果，进而使体现立法者主观价值的信息网络社区法律规范真正付诸实施。正因为如此，技术性法律规范，也就必然成为信息时代立法者关注的焦点。

虽然，技术性法律规范以技术手段为基本支撑，但就其效力来源而言，仍与其他（非网络）法律没有区别。它由国家立法机关制定，并以国家的地域管辖强制力为依托。所不同的是，其实施往往对技术手段的依赖性更强。通常而言，由于它涉及的范围较为狭窄，常以法规或规章的形式出现，在法律体系中的效力层次低于基本法律。

第二，关于信息网络社区法律规范。这类规范都是在信息网络广泛应用之后才出现的，它针对信息网络应用中产生的社会关系，其具体形态千变万化，数字化的产生、服务、消费等活动，都可能包含在其中，诸如有关网络银行的规定、网络广告条例等，都属于这类规范。它是其他（非信息网络）法律部门向信息网络领域扩展的结果，因而，其效力层次和范围与相关的法律部门是等同的，譬如网络银行规范，就属于银行法范畴。从部门法来看，信息网络社区法律规范应分别归属于其他（非信息网络）相应的法律部门，成为其中的组成部分，无论是从其立法程序，还是从执法部门等方面，都与其所属的法律部门有着不可分割的联系，其价值取向也往往是一致的。

4. 信息技术规范与信息网络法律规范的关系

信息技术规范（主要以标准形式存在）体现着网络运行的内在特征，它具有公众性、统一性、广泛性、中立性和自律性等特点。一方面，它为信息网络法律规范的适用提供了基础。比如，有关信息传输存储的规则，就为证据收集、判断提供了依据。又譬如，在检测信息安全等技术性法律规范的实施中，通常需要以技术规范为基本参考标准。随着全球信息网络的广泛采用，此类规范的国际性也成为其特征之一。信息技术规范的统一性，对经济全球化、法律的趋同化，起到了不可估量的促进作用，以至于成了后现代社会的重要标志。

而另一方面，信息网络技术规范又对信息网络法律规范（特别是信息网络社区法律规范）提出了挑战。具体而言，技术规范的全球统一、价值中立性、自律性，与信息网络社区法律规范的地域性、价值偏向性、他律性之间的矛盾等，就属于此列。由于信息网络法律规范总是反映着一定利益集团的主张和意志，它与技术规范之间必然存在诸多内在矛盾，甚至难以调和。信息网络技术规范要充分发挥其作用，离不开法律规范的支撑。而良性的信息网络法律规范将会进一步促进网络技术的长足发展。总之，二者处于相互作用、相互依赖的关系之中，矛盾、冲突不可避免，相互调节、相互促进是明智选择。

5. 其他（非信息网络）法律规范可以调整信息网络行为

5.1 何谓其他（非信息网络）法律

这里所说的其他（非信息网络）法律，是相对于信息网络法而言的。信息网络产生之前制定的法律，当然属于其他（非信息网络）法律。因为立法者一般不具有超前之远见，无法预料未来信息网络技术所带来的各种社会问题。信息网络产生后制定的法律，如果并不涉及信息网络问题，也不能称之为信息网络法。所以，是否调整信息网络行为及其社会关系，则是区分法律规范是属于信息网络法，还是属于其他（非信息网络）法律的基本标志。

5.2 其他（非信息网络）法律对信息网络行为的调整作用

其他（非信息网络）法律虽不直接调整信息网络行为，但可以提供法律体系上的支持，否则，信息网络法律制度将成为空中楼阁。如诉讼法上的强制执行、侵权法制度中的责任划分等，都是在实施信息网络法时不可或缺的。然而，相对于信息网络法而言，其他（非信息网络）法律对社会所起的作用是间接的，它们往往通过与信息网络法律制度的配合而体现其功能。与其他（非信息网络）法律相对应，无论是以技术性法律规范为主体的信息网络法的特有制度，还是作为非信息网络法（又称传统法律）部门延伸部分的信息网络社区法律制度，

都是根据信息网络的特点，专门针对信息网络问题而设计的，具有直接调整信息网络行为的作用和功能。其他（非信息网络）法律制度对信息网络行为仅有间接的调控，或者说具有部分调整作用。这也从另一方面说明，信息网络法具有其特殊性和独立存在的理由。

6. 信息网络法的价值和原则

6.1 关于信息网络法的价值

信息网络法的价值问题，是一个应当回答却又有待于探讨的问题。

信息网络法律制度是立法者做出的选择，其中必然包含着一定的价值取向。但是，信息网络法并非一个独立的法律部门，而是一个高度综合的法律领域，其调整对象和手段具有多重性。由于信息网络社会关系，是实现社会关系的延伸，几乎所有法律问题都能在信息网络中出现。因而，调整不同的信息网络社会关系的制度，其具体目的往往不同，似乎很难从中找出一种单一的价值目标。尽管如此，却不能否认信息网络法价值取向的存在。信息网络法具体制度价值目标的多元化，并不能阻碍对其总体价值的发现。只不过，需要从信息网络的客观规律出发来探寻其基本定位。

首先，信息网络法的价值是多元的、分层次的。比如，有关信息网络刑事问题的制度，其价值在于打击网络犯罪，维护网络社区的秩序。又譬如，网络交易制度的价值，就在于保障信息网络交易安全和效率。对于具体的信息网络法律制度而言，不可强求其价值上的一致性。但是，绝不能因此得出信息网络法没有其基本价值目标的结论。

其次，信息网络法的价值有其内在要求。信息的本质特征是互联与共享，而信息网络法作为维护其秩序的强制性规范，其基本价值是在信息网络空间中最大限度地促进网络的互联和信息共享，以充分发挥信息网络技术之潜能。建立良好的信息网络社区秩序，正是与这一本质规定相一致的。这样，才能使信息网络技术规范的特征充分显示出来。

6.2 信息网络法的基本价值应与技术规范的特征相一致

信息网络技术规范本身是网络构成中的不可缺少的部分，甚至是其灵魂。没有统一的规则，却还能存在普及全球、无所不包的信息网络，那将是无稽之谈。离开统一的规则，它只能成为一盘散沙（或称“信息孤岛”），绝不会形成全球化的虚拟社区。信息网络中所运行的、具有高度统一性的规则，就是标准协议。信息网络对法律规范的影响，正是通过这些技术规范的特点体现出来的。因为信息网络法所调整的网络社区关系，是以网络构建行为为基础的，信息网络技术规范反映了自然规律以及科学家的选择，而违背其技术特征的法律规范，将使信息网络的工具价值受到损害。如何使信息网络法的价值与信息网络技术规范的价值相协调，趋利避害，则是信息网络法学研究者的重要使命。简言之，最大限度地发挥信息网络的技术优势，是信息网络法的价值所在；而预防、制止那些危害信息网络构建的行为，则是信息网络法的首要任务。与此同时，还应在保持信息网络本质属性的前提下，建立适宜的信息网络社区秩序。如果仅仅为了维护信息网络社区的秩序，而采纳因噎废食的割裂信息网络的制度，将是不可取的，有可能是一种倒退。鉴于信息网络法的核心部分是技术性法律规范，而信息网络社区法律规范，则往往是其他（非信息网络）法律部门的延伸。所以，信息网络法的价值重心，应定位于其技术性法律规范部分。因为它所解决的是信息网络本质特征的充分发挥问题。譬如，对垃圾邮件的处理、信息网络安全防护制度等，这些规范绝大部分都具有全球通用性。所不同的是，各国出于本国的安全或市场利益，往往在具体的技术选用上有所不同，但其制度原则和功能通常是相同的。

6.3 制定信息网络法的若干原则

6.3.1 两种规范相互协调、促进的原则

信息网络法是一种强制性行为规范，它应当是道德的、技术的等各种行为规范的强有力的后盾。总体上讲，其基本原则也应当是和与其相适应的其他社会规范（技术的、道德的）相一致的。按照规范的弹性程度来看，反映着客观规律性的技术规范，具有较强的刚性。与此相适应，信息网络法的原则应当是，使信息

网络上的两种规范，即信息网络技术规范与信息网络法律规范，相互促进，协调发展，真正使其造福于人类社会。而对于那些从本质上可能违背技术规范特征的信息网络法律制度，要采取慎之又慎的态度。其原因在于，一方面，违背信息网络基本技术规范的制度难以实施，或者其成本极高，另一方面，它可能割裂、肢解信息网络，阻碍信息网络使用价值的实现，进而妨碍社会的进步。

6.3.2 可操作性原则

从功能上来讲，信息网络法律制度，不仅要确认权利义务关系，还要划分责任，以解决可能出现的各种信息网络社区纠纷。信息网络法律制度，不能只是宣言性的，而应有可操作性，不仅规范权利义务关系，还要有具体的救济措施，否则，就失去了法律规范的操作性价值，演变为口号和空谈，以至于损害法律尊严。所以，在信息网络这一技术运行平台上，凡是技术手段暂时尚未达到的，就不要急于制定成法律规范。

6.3.3 兼顾全球趋同性原则

信息网络的跨地域性（亦称全球性）是不可否认的客观现实，而法律又是以国家的地域管辖为范围的。为缓解二者之间的矛盾，使信息网络法具有普遍适用性，各国及相关国际组织都应积极采取合作的态度。其一，在立法上各国对同类问题尽量采用相同或相似的制度，避免不必要的冲突。其二，国际组织应在可能的范围内直接制定或协调各国有关信息网络方面的法律。其三，各国在执法方面，也应相互配合。这就好比在信息网络法律领域建立“互联网络”。各国的国内法就像是“局域网”，国际组织制定的框架就是“互联网”。而趋同原则就像是 TCP/IP 协议。这样，各国在信息网络法领域才能求大同存小异，使危害信息网络的行为得到全面、有效的扼制。否则，各国信息网络法律制度上的差异，将给那些网络冒险家留下法外“飞地”。

6.3.4 他律与自律相结合原则

法律以公力救济为基础，属他律性规范。人们的信息网络行为遍及全球，且无所不涉，期间，难免有国家强制力不及，或执法成本过高之处。好在信息

网络活动往往以社区为聚集点，发挥其自治作用，不失为良策之一。因此，在制定法律规范信息网络基本行为的同时，法律对不违反法定原则的信息网络社区自律性规范予以认可，将会促进网络秩序的建立。从实施者角度看，这一方面赋予了信息网络活动参与者一定的自治性权力，同时也向信息网络服务商提出了更高的要求。其实，他律与自律相结合原则，是信息网络规范的双重属性（技术规范的自律性和法律规范的他律性）在信息网络社区秩序中的一种天然表现。互联网工程工作人员的信条“我们不依赖国王、总统和投票，我们依赖共识和运行规则”，正是这种信息网络自治思想的例证。

05 网络信息技术对民事诉讼法司法解释之影响

肖建华 柴芳墨

肖建华 北京航空航天大学法学院教授 博士生导师

柴芳墨 北京航空航天大学法学院诉讼法学硕士研究生

网络信息技术（Information Technology）自诞生伊始，便对社会生活产生了显著的影响。其中，多媒体信息技术（Network Multi-media Technology）把获取信息的传统模式转变为从计算机网络上感知文字、图片、声音、动画和影片的方式，并且通过信息技术实施跨时空的传递和交互。网络信息技术的飞速发展，使得人们获取、处理、传送信息只需通过一台计算机、一部手机即可解决。传统的民事诉讼程序也面临着新的挑战，从“普通送达”到“电子送达”，从“出庭作证”到“视频庭审”，全新的“网络司法模式”呼之欲出。新修订的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）自2015年2月4日起施行。其中许多司法规则打上了互联网的烙印。管辖、证据、送达、第一审普通程序、简易程序等程序，均对网络信息技术做出了回应。《民诉法解释》到底涉及哪些信息技术或网络技术的内容？未来随着网络技术的发展，民事诉论程序将会如何应对？这是本文要解答的问题。

中国已经全面迎来互联网时代。CNNIC（中国互联网络信息中心）第37次《中国互联网络发展状况统计报告》显示：截止到2015年12月，我国网民达到6.88亿，互联网普及率为50.3%。从手机客户端网民数量首次超过PC客户端网

民,从手机上网平台逐步从网站、搜索引擎、浏览器等向移动应用客户端进行转移,从互联网正不断与越来越多的传统行业如零售、金融、餐饮、农业、教育等相融合,O2O(Online to Offline)商业模式正如雨后春笋般地涌现,可以看出,真正“万物互联时代”的大门已叩响,我们已经进入了“数字化”的新时代。毋庸置疑,互联网给我们的生活带来了前所未有的便捷,也引发了更加复杂化和多元化的法律问题。在这一背景下,各类网络民事纠纷层出不穷,案件与日俱增。现阶段我国网络民事纠纷一般分为三类:一是电子商务方面的纠纷。国家统计局《2015年统计公报》显示,2015年网上零售额38773亿元,比上年增长33.3%,其中网上商品零售额32424亿元,增长31.6%。小到在淘宝、京东上网购,大到大宗网络交易,网上购物已经不再是新鲜话题,与之对应的是由网购所引起的网络买卖合同纠纷。二是与网络企业有关的商事纠纷,包括与互联网相关的公司之间的不正当竞争及投资并购等案件类型。目前,我国的互联网企业正处于急剧扩张、用户呈爆炸式增长的阶段,加之与互联网企业相关的不正当竞争行为缺乏法律规制,涉及互联网领域的不正当竞争案件正在频频引发,其手段其更为隐蔽和复杂。例如从2010年伊始、到2014年截止的历时4年的360与腾讯之间的“3Q”大战,三次案件均以奇虎360的败诉而告终;再如2013年,金山安全软件与奇虎360公司之间互诉对方不正当竞争,最后奇虎360获赔30万元等。三是利用网络的侵权案件,包括侵害财产权益的案件和侵害人身权益的案件。侵害财产权益的案件中,以网络盗版侵权案件最为多发、多害和多变。以广东珠海市法院为例,2015年1—4月,该院受理网络盗版侵权案件87件,比去年全年增加约300%¹。而针对利用网络侵害人身权益如侵害名誉权、肖像权、隐私权的案件,也引起了立法者的广泛关注。2014年8月最高法院颁布了《关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》,旨在遏制网络侵权行为的蔓延,增强对网络中人身权益的保护。无论是网络买卖合同,还是网络侵权行为,抑或互联网企业间的不正当竞争等,这些纠纷涵盖了民事商事各个领域,关系着国计民生。传统实体法和程序法

1 参见“广州海珠法院前四个月受理网络盗版侵权案比去年增300%”,新浪网 <http://news.sina.com.cn/o/2015-04-22/160431748027.shtml>。

都面临着需要调整的大量的新型民事纠纷，需要应对互联网所带来的机遇和挑战。

总体而言，在民事诉讼程序上，互联网技术共产生三个方面的深远影响：第一，互联网其自身优势给民事诉讼带来更加快速便捷的模式，如电子送达、视频作证、网上起诉和阅卷，以及用视频传输技术开庭等。第二，互联网技术带来了一些新型案件，需要程序法配合实体法对案件进行规制，比如确定网络民事纠纷案件的管辖法院、确认某种网络侵权行为等。三是互联网技术改变了我们传统信息的载体，极大丰富了我们共享信息的方式，如通过手机短信、微信发送消息、通过网络微博进行互动等。这些就引发了电子证据的认定、非法进行录音录像从而妨害民事审判活动的一些问题。在新修订的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（简称《民诉法解释》）中，可以发现新增了许多用以回应这些变化的规定。因此，笔者将在下文中，就新修订的《民诉法解释》如何对以上问题做进一步的规定予以一一阐述。

1. 法院管辖

1.1 以信息网络方式订立买卖合同的管辖

本次修订的《民诉法解释》在管辖制度中新增了对网络买卖合同和网络侵权的规定。该解释第 25 条“以信息网络方式订立的买卖合同，通过信息网络交付标的的，以买受人住所地为合同履行地，通过其他方式交付标的的，收货地为合同履行地。合同对履行地有约定的，从其约定”，是对网络买卖合同的管辖地做出的新规定。常见网络买卖合同有两类，一类通过网络交付标的，一般交付标的为虚拟物品；另外一类通过其他方式进行交付，如邮寄、自提等，一般用于交付实物。2012 年，由最高院发布的《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》首次规定了电子信息产品即网络虚拟物品的交付方式：一是交付权利凭证，二是以在线网络传输的方式接收或者下载该信息产品。这两种方式都是新管辖制度中所规定的通过信息网络交付的方式。网购的迅速普及，使得当下网络买卖合同早已不再限于实物购买，买卖双方可以不接触实物载体而完

成整个购买过程。如属于交付权利凭证的网络买卖合同：在网上进行购买 Q 币、游戏币、游戏装备、网络通话时长等，一般来讲通过买方付款、卖方提供密码或直接代充的方式进行；再如通过在线网络传输的方式接收或者下载来完成买卖合同、购买游戏安装软件、购买网络视频教学课程等。以这两种方式进行电子信息产品交付的买卖合同应该如何确定管辖法院？根据《民事诉讼法》第 23 条的规定：“因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。”而通过信息网络交付的买卖合同，一般即时购买，即时交付，何为“合同履行地”？是买受人住所地？抑或是出卖人住所地？抑或是买受人或者出卖人订立购买合同时的计算机或者其他设备的所在地？确实难以认定。在实际经济活动中，一般来说作为买受人的一方是弱势群体，而发生纠纷的原因也多是出卖人出售的产品存在瑕疵或者出卖人未交货而产生纠纷。而本次《民诉法解释》规定将买受人住所地确定为合同的履行地，便利了在网络上购买虚拟产品的当事人，发生纠纷时可以在自己的住所地进行起诉，不必再承受到卖方的住所地去起诉的奔波之苦。

除了在网上购买虚拟物品之外，通过订立网络买卖合同购买实物更为常见。购买实物的交付一般属于《民诉法解释》第 25 条中“通过其他方式交付标的”的情况。网上购买实物一般有买家支付邮费、卖家包邮，或者买家自提等几种交货方式。对于由买家支付运费，卖家负责发货，由快递将标的进行运输最后再交给买家的方式，何为合同之履行地，争议较大。在新《民诉法解释》未出台之前，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 19 条规定：“购销合同的双方当事人对交货地点有约定的，以约定的交货地点为合同履行地；没有约定的，依交货方式确定合同履行地；采用送货方式的，以货物送达地为合同履行地；采用自提方式的，以提货地为合同履行地；代办托运或按木材、煤炭送货方式送货的，以货物发运地为合同履行地。”买家支付运费，卖家负责将产品进行包装、打包后通过快递的方式将货物送至买家手中的，很难认定是采用“送货”的方式进行交付。相比之下，《合同法》第 141 条对标的物交付地点的规定更为合适：“标的物需要运输的，出卖人应当将标的物交付给第一承运人以送交给买受人。”出卖人交付第一承运人即完成了交付行为。而网络购物合同一般出卖人都在自身所在地进

行包裹的邮寄，这样交付地一般应在货物的所在地即发货地。网购消费者如果进行起诉，应该在被告人住所地或者是合同的履行地，即发货地进行起诉。这显然不利于作为消费者的买方行使诉讼权利以维护其合法权益。因此新《民诉法解释》规定了此种情况下，即非通过网络信息方式交付的标的，一般通过“线下”方式交付的，收货地为合同的履行地。与此同时，也充分尊重通过信息网络方式订立买卖合同的双方当事人的意思自治，若对合同的履行地有约定的，以双方当事人的约定为第一要件。但是，这种约定不能作为卖方用以订立买卖合同的格式条款²。

1.2 网络侵权案件的管辖

网络侵权行为不同于传统侵权行为，其主要特点表现为以计算机网络作为侵权途径、侵权主体隐秘，侵权后果扩散快而且范围广，被侵权人难以获得救济等，如何对网络侵权予以法律规制越来越受到立法者重视。2014年8月21日，最高人民法院颁布的《关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第2条规定：“利用信息网络侵害人身权益提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机等终端设备所在地，侵权结果发生地包括被侵权人住所地。”对照新《民诉法解释》第25条的规定：“信息网络侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机等信息设备所在地，侵权结果发生地包括被侵权人住所地。”对网络侵权管辖的一般规定，此次修改既与最高院对于利用网络侵害人身权益关于管辖方面的规定保持了一致性，也比较符合当今世界大多数国家关于网络管辖权采用方便当事人诉讼、方便法院审理的态度，例如美国关于网络案件管辖的最低限度原则。最低限度原则最早在“国际鞋业公司诉华盛顿州”³

2 在一起北京某消费者就商品质量问题起诉“天猫”及店家的案件中，天猫公司提出所有消费者都有《淘宝服务协议》，约定以被告住所地法院为一审管辖法院，即必须到杭州进行起诉。“天猫”这一格式条款未以合理的方式提请消费者的注意，终被海淀法院认定无效，并裁定驳回其管辖权异议。详情参见新闻“告淘宝不用奔杭州了 消费者可在收货地法院起诉”中国社会科学网 http://www.cssn.cn/zx/shwx/shhnew/201503/t20150316_1547803_1.shtml。

3 International Shoe Co.v.Washington 326 U.S.310(1945)。

的案件中予以确定下来，只要该案件与美国存在最低限度的联系，美国即可对其行使司法管辖权。网络侵权具有隐蔽性，一般难以找到侵权行为人，即使找到侵权人，也可能会因侵权人身处国外而无法行使诉权。新的规定使被侵权人一旦发现自己被侵权，就可以在住所地进行起诉，更能及时地保护被侵权人的权利。但最高院在本次司法解释中回避的一个问题是：被侵权人发现侵权内容的计算机终端等设备所在地是否可以视为侵权结果发生地？比如被侵权人住所地在A地，但是出差时在B地计算机网络上发现被侵权，能否在B地进行起诉呢？虽然新《民诉法解释》出台前，最高人民法院颁布的《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第15条⁴以及《关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第2条第1款⁵对此问题做了规定，但是其态度比较“保留”——只有依据其他方式均难以确定侵权行为地和被告住所地的，才可以将原告发现侵权行为的设备所在地视为侵权行为地——这一规定并不完善，在互联网终端设备轻便易携的今天，若规定原告发现侵权内容的互联网终端设备所在地均可以视为侵权行为地，那么原告所到之处的法院对此案件均有管辖权，原告也可以随意提起诉讼，这显然与管辖的确定性原则是相违背的。虽然最高院对被侵权人发现被侵权事实的计算机终端等设备所在地能否视为侵权行为地仍然没有明确的规定，但不可否认的是，对于网络侵权行为，原告均可以在其住所地行使自己的诉权。

4 最高人民法院《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2012〕20号，2012年11月26日最高人民法院审判委员会第1561次会议通过）第15条：“侵害信息网络传播权民事纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地。侵权行为地和被告住所地均难以确定或者在境外的，原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。”

5 最高人民法院《关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2001〕20号，2001年6月26日最高人民法院审判委员会第1182次会议通过）第二条第一款规定：“涉及域名的侵权纠纷案件，由侵权行为地或者被告住所地的中级人民法院管辖。对难以确定侵权行为地和被告住所地的，原告发现该域名的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。”

2. 电子证据

电子证据是网络信息时代的产物,其原理是通过网络信息技术、数字技术、多媒体技术等信息技术将材料数据等转化为电子信息存储在电子设备或者磁性介质上,以证明案件事实。在过去很长一段时间里,司法实践中电子证据的不断涌现成为了法律从业者不可回避却又为之头痛的问题。学术界上对电子证据的证据类型、内涵和外延的界定而争论不休,产生了一些学说如独立证据说、视听资料说以及书证说等观点和学说⁶。2012年,《民事诉讼法》第一次将“电子数据”规定为一种独立的证据形式。此后电子数据取代了电子证据的概念,重新活跃在人们的视野中,然而立法上对于电子数据和视听资料的区别、电子数据的认定等问题仍无统一规定。新《民诉法解释》第116条对视听资料和电子数据进行了区别,并且对电子数据做了列举式的定义:“视听资料包括录音资料和影像资料。电子数据是指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等形成或者存储在电子介质中的信息。存储在电子介质中的录音资料和影像资料,适用电子数据的规定。”电子数据实际上由“0”和“1”两个二进制的数字组成,在生成的过程中依赖于一定的电磁介质,最后借助于电子设备如计算机等为人所感知,因此电子证据具有技术性、复合性、无形性、脆弱性等特点。电子证据的脆弱性意味着电子数据容易被破坏、被篡改从而导致法官难以认定证据的真实性。因此,如何认定电子数据的证明能力和证明力成为了司法实践中的难题。考察英美法系之立法,对于认定电子数据是否要适用原件的要求方面,均采用了比较宽松的态度,例如美国法律规定的电子证据原件不仅包括最初生成的电子数据,也包括法律拟制意义上的原始数据⁷。英国的《民事证据法》规定,作为计算机输出的书面材料乃至计算机硬件中存储的记录可以排除传闻证据规则,作为一种例外的证据进行使用。但除了不再固守“证据必须要提交原始证据”这种形式主义的规

6 杨玲.论电子数据的公证保全——以网络证据的公证保全为中心[J].江苏大学学报(社会科学版),2013(3).

7 谢勇.论电子数据的审查和判断[J].法律适用,2014(1).

则之外，电子数据的真实性仍然是法院和当事人久攻不克的问题，因此如何将电子数据有效地保全，避免电子数据在复制、传播、保管的过程中被恶意进行篡改，成为当下法学界讨论的热门课题。传统的证据保全包括当事人自行申请法院对涉案的电子证据进行保全和通过公证机关对涉案的电子数据进行保全，但是这两种方式对于申请人来说，一是申请的程序过于烦琐，二是若是申请的时限过长，容易使电子数据遭到破坏而无法达到举证的目的，因此与电子数据几乎同时催生的电子数据的网络公证成为了适应当下网络信息技术飞速发展的全新保全模式。网络公证的优势在于，公正人员和申请人不需要进行会面，直接借助于网上平台即可对电子身份、电子交易行为、数据文件等提供公证服务。以安存科技推出的基于阿里云平台的数据保全服务为例，针对申请的取证需求，可以在行为发生的第一时间完成取证并且将电子数据上传并开始公证程序，确保证据从取得、存储、公证再到最后的证据使用均可保持原状，并可以无限期地安全存储于服务器中，完美解决了当事人无法及时收集证据和安全、永久性保存证据的烦恼。目前，这种数据保全服务已被百家法院所认可，同时这也意味着“人证”、“物证”的时代将要过去，“电子证据”的时代即将来临。

3. 电子送达

新《民诉法解释》在送达这一章修改较多，相比1992年《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》，主要增加了电子送达的规定，同时与2012年修订的《民事诉讼法》相衔接。《民诉法解释》第135条规定：“电子送达可以采用传真、电子邮件、移动通信等即时收悉的特定系统作为送达媒介。《民事诉讼法》第87条第2款规定的到达受送达人特定系统的日期，为人民法院对应系统显示发送成功的日期，但受送达人证明到达其特定系统的日期与人民法院对应系统显示发送成功的日期不一致的，以受送达人证明到达其特定系统的日期为准。”这一条主要是关于电子送达到达时间的规定。电子送达一般是即发即收，因此其送到日期一般以人民法院对应系统显示发送的日期为准。考虑到存在网络瘫痪、网络延迟等问题，因此新《民诉法解释》规定受送达人可

以证明到达其特点系统的时间与法院对应系统显示时间不一致的，以受送达人证明其到达其特定系统的日期为准。除此之外，《民诉法解释》第 136 条增加了受送达人对于电子送达的必要确认：“受送达人同意采用电子方式送达的，应当在送达地址确认书中予以确认。”由当事人同意并且签署的送达地址确认书，是法院实行电子送达的前提。到目前为止，电子送达已经广泛使用在司法实践中。以广东省为例，2015 年广东省开始试行了全省统一的电子送达方式。广东省所实行的电子送达方式主要是通过电子邮件进行对诉讼文书的送达，电子送达经过当事人签署确认后，法院即为当事人及代理人建立专用邮箱并一并告知账号及其密码，当事人只要打开计算机、手机等设备便可以随时登录查看并下载诉讼文书。一般来讲，一个已经建立的专用邮箱适用于当事人的一审、二审、再审乃至执行程序，因此当事人无须再次确认，法院也无须更改。

本次对于网络公告送达的规定也是《民诉法解释》新增的亮点，第 138 条规定：“公告送达可以在法院的公告栏和受送达人住所地张贴公告，也可以在报纸、信息网络等媒体上刊登公告，发出公告日期以最后张贴或者刊登的日期为准。对公告送达方式有特殊要求的，应当按要求的方式进行。公告期满，即视为送达。人民法院在受送达人住所地张贴公告的，应当采取拍照、录像等方式记录张贴过程。”由此意味着网络公告送达的法律效力得以确认，法院可以采取在网站、信息网络等媒体上刊登公告的方式对受送达人进行送达。网络媒体公告的送达方式相比于在送达人住所地张贴公告，以及报纸发布等送达方式更为节约司法资源，更加简便灵活，且受众更多。网络送达公告一般在各地法院网的法院公告-送达公告处即可查询，但是考虑到法院网站的专业性及受众范围有限性等因素，笔者认为未来可以增设更多的网站用以刊登公告送达，防止一些当事人利用公告送达的方式进行恶意诉讼从而损害受送达人的利益。

4. 对网络媒体直播庭审的限制

网络信息技术的发展，给人们通过移动设备上网带来了前所未有的便捷，

录音录像随处可见,并且可以第一时间发布到互联网而被大众知晓,虽然这种方式在一定程度上提高了公众的知情权和监督权,但是也更容易使得被公开的案件落入“网络围观”和“舆论漩涡”。而这种类似于“网络暴力”的公众意见却可以在一定程序上影响着法官对案件的公正认定和裁判,因此有必要对这种做法予以限制⁸。新《民诉法解释》在第176条规定:“诉讼参与人或者其他人在下列行为之一的,人民法院可以适用《民事诉讼法》第110条规定处理:(一)未经准许进行录音、录像、摄影的;(二)未经准许以移动通信等方式现场传播审判活动的;(三)其他扰乱法庭秩序,妨害审判活动进行的。有前款规定情形的,人民法院可以暂扣诉讼参与人或者其他人员进行录音、录像、摄影、传播审判活动的器材,并责令其删除有关内容;拒不删除的,人民法院可以采取必要手段强制删除。”新《民诉法解释》赋予了法院在发现非经允许传播现场审判活动的,可以责令其删除有关内容,必要时可强制删除。但是参考域外立法,苏格兰等法庭正在取消在法庭内使用微博的限制⁹。可见,对于维护普通大众对于法庭审判的知情权和监督权,仍然是世界发展的一个趋势。因此,笔者建议,可以在有条件的情况下,将法庭的庭审情况全程录音录像,对于录像的内容将交由法院、当事人以外的第三方机构进行封存。当当事人对法官在法庭上的违法违纪、不公平审理案件的行为进行申诉时,便可以向中立的第三方机构申请调取开庭的录音录像,作为申请调查法官不公正审理的证据,这样不但避免了法院审判案件受到网络情绪的左右,又保证了当事人行使法庭监督、进行申诉和控告的权利。

5. 网络开庭

新《民诉法解释》在审判程序的改动主要落实在简易程序和第一审普通程

8 韩旭. 法庭内的正义如何实现——最高人民法院刑事司法解释中法庭记录及相关规定[J]. 清华法学, 2013(6).

9 葛峰. 英国法院如何应对微博时代[J]. 南方周末, 2012年3月22日.

序。在简易程序中，新增了 259 条“当事人双方可就开庭方式向人民法院提出申请，由人民法院决定是否准许。经当事人双方同意，可以采用视听传输技术等方式开庭。”第 261 条“适用简易程序审理案件，人民法院可以采取捎口信、电话、短信、传真、电子邮件等简便方式传唤双方当事人、通知证人和送达裁判文书以外的诉讼文书。以简便方式送达的开庭通知，未经当事人确认或者没有其他证据证明当事人已经收到的，人民法院不得缺席判决。适用简易程序审理案件，由审判员独任审判，书记员担任记录”。该解释规定了在简易程序中，经双方当事人同意，可以采用视听传输技术等方式开庭。视听传输技术是一种融合了多媒体信息通信技术、计算机网络技术将法庭网络化、虚拟化的新技术手段，当事人只需要在开庭时间内登录法院网站，打开相应的界面、戴上耳机和麦克风、安装好摄像头、便可以实时地与法官进行交流、与对方当事人进行辩论。网络法庭不需要当事人真正地到法院开庭，可以在自己选择的地点通过网络的方式参加诉讼，延长了物理空间，实现了跨时空的人际互动，使得当事人可以便捷、快速、简易地进行开庭。但是，也有学者表示这样的方式在一定程度上损害了司法权威性、严肃性。在网络视频中，双方当事人无法像在真正的法庭上那样陈述自己的意见。而对于法官来讲，达不到设身处地地参与其中，也无法实时地根据双方当事人的神情、动作等来形成自由心证。也有观点认为，网络法庭有利于缓解法庭的严肃气氛，使双方当事人更加容易控制情绪，防止矛盾激化，从而更加有利于当事人之间进行调解结案。笔者认为，这两种说法皆有道理，可相互吸收。诚然，视频传输技术开庭具有方便当事人参加诉讼、节约了司法资源等一系列的优势，作为改进司法审判程序的最重要的一环，未来还有极大的发展空间。但与此同时也要注意对其进行一定的限制，比如对于适用案件的限制，必须是采用简易程序审理的案件，且必须要经双方当事人同意等。

在一审普通程序中，第 255 条规定：“对于查阅判决书、裁定书的申请，人民法院根据下列情形分别处理：（一）判决书、裁定书已经通过信息网络向社会公开的，应当引导申请人自行查阅；（二）判决书、裁定书未通过信息网络向

社会公开，且申请符合要求的，应当及时提供便捷的查阅服务；（三）判决书、裁定书尚未发生法律效力，或者已失去法律效力的，不提供查阅并告知申请人；（四）发生法律效力的判决书、裁定书不是本院做出的，应当告知申请人向做出生效裁判的人民法院申请查阅；（五）申请查阅的内容涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的，不予准许并告知申请人。”对于一部分判决书、裁定书已经通过网络信息公开的，可以在网络上直接进行查看。2014年1月1日起实施的《关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》明确了对公开裁判文书的真实性、规范性、及时性的要求。裁判文书的公开有利于减少法官枉法裁判、“暗箱操作”，有助于司法审判的透明化，而对于其他的诉讼文书如起诉书、答辩状、执行通知等，则可通过“网上阅卷”的方式进行——当事人可登录相应的法院审判网并且填写信息并上传材料以供审核，待审核通过之后即可查阅和利用电子卷宗。

6. 其他方面

网络信息技术对《民事诉讼法》程序的影响，除了本次《民诉法解释》新增加和修改的部分之外，还有一些其他没有在新《民诉法解释》中体现出来的内容，但在实际中已经逐步推广使用，主要包括网上诉讼服务中心、网络司法拍卖、网络缴纳诉讼费用等。网上诉讼服务中心由网上立案演变而来，最早只是“顾名思义”在法院官方网站的网上立案系统填写起诉状并提交起诉状由法院审核后立案。而后网上立案的功能变得更为多样化，除立案以外相关程序如：诉讼指引信息查询、预约起诉立案、材料转收、联系法官、预约阅卷、电子送达、文书公开、判后答疑、执行公开、网上信访等多项功能均可实现。很多法院在此基础上开发了“微信诉讼服务平台”，以邯郸市法院为例，当事人只要在手机微信客户端添加邯郸市法院微信诉讼服务中心公众号，即可享受“零等待、无障碍”的一站式的诉讼服务¹⁰。网上立案的功能由最初的单一功能转变

¹⁰ 参见：“市中院召开新闻发布会 开通网上微信诉讼服务中心”，邯郸网 http://www.handannews.com.cn/news/handan/c/2015-04/30/content_168666.htm。

成为一个功能全面的“网上诉讼服务中心”，使当事人做到足不出户便可完成多项诉讼程序。目前，网上诉讼服务中心在全国已经广泛推广和适用。在 2014 年，山东省已经有 155 个法院建立了诉讼服务中心，37 个法院可以实现网上立案¹¹。针对网上立案，北京市出台了《北京法院网上预约立案工作办法》用以规范北京法院网上预约立案须知和网上预约立案操作流程。于 2015 年 5 月 1 日生效的《最高人民法院关于人民法院登记立案若干问题的规定》第 14 条规定：“为方便当事人行使诉权，人民法院提供网上立案、预约立案、巡回立案等诉讼服务。”可见，未来司法实践中，网上立案和网上诉讼服务中心与立案登记制度相结合已经是大势所趋，其优势是能有效切实地保障当事人诉讼权利的实现，避免当事人由于行动不便或者路途遥远而难以行使诉权。

网络司法拍卖源于 2012 年 6 月 27 日浙江省高院率先与淘宝网进行的一次合作，此后的一段时间内，网络拍卖备受争议，然而，在近三年的过程中，网络司法拍卖却呈现良好发展的态势¹²。越来越多的网络平台如淘宝司法拍卖、新浪司法拍卖等，以及越来越多的法院加入到网络司法拍卖的浪潮中。截至 2015 年 4 月，全国已有 21 个省市自治区 700 多家法院入驻淘宝网司法拍卖平台，已完成超过 9 万次拍卖¹³。网络司法拍卖与传统的司法拍卖相比，拍卖流程更加透明公开、拍卖公告的受众范围更加广泛、拍卖成本更加低廉。网络司法拍卖对于降低拍卖支出、增加买卖标的物的溢价率、杜绝和预防司法腐败具有重要的现实意义。2015 年 2 月 26 日，最高人民法院发布的《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见》中提出：“加大司法拍卖方式改革力度，重点推行网络司法拍卖模式。”可见，推广网络司法拍卖已经成为法院改革的新方向。

11 参见：“山东：155 个法院建立诉讼服务中心 37 个法院可网上立案”人民网

<http://sd.people.com.cn/n/2015/0129/c166188-23728137.html>.

12 参见“建阳法院网络司法拍卖屡获成功”，和讯网 <http://tech.hexun.com/2015-05-07/175602731.html>

“黟县法院网络司法拍卖获成功”黄山新闻网 <http://www.newshs.com/a/20150504/00207.htm>.

13 参见“浙江省高院公布 2015 年 1 至 4 月司法网拍成绩单 为用户节省佣金过 2 亿元”，华龙网 http://news.cqnews.net/html/2015-05/08/content_34171921.htm.

缴纳诉讼费用是当事人进行诉讼必不可少的一环。以往,当事人缴纳案件诉讼费用,须经法院开具缴费单据,再到指定银行进行排队缴费,或者由当事人亲自去法院通过现金或者刷卡的方式交到法院财务以完成诉讼费用的缴纳。网上缴纳诉讼费用是指当事人可以通过网上银行付款的方式即可完成诉讼缴费程序,减少了当事人奔波于法院与银行之间的诉累。目前,除了一些法院已经开通网上缴纳诉讼费用以外,浙江省高级人民法院已经实现用支付宝缴纳诉讼费,成为国内首家试水移动支付缴费的司法机构¹⁴。当事人只需要添加第三方支付平台支付宝中的“浙江法院12368”服务窗,在查看案件案号、当事人信息、诉讼费金额、收款单位等信息并且确认无误后,即可完成诉讼费用的缴纳。利用第三方诉讼平台和利用网上银行缴纳诉讼费,提高了法院收取诉讼费用的效率,减轻了当事人的诉讼负担,是法院吸收网络信息技术的新举措,在未来应是司法实践的常态。

7. 结语:对未来网络司法的展望

网络信息技术促使了民事诉讼程序的变革,对民事诉讼产生了深远的影响。在新修订的《民诉法解释》当中,已经把曾经学者们关于民事诉讼产生的许多构想变成现实¹⁵:网上起诉和远程立案、网上庭审与远程作证、诉讼文书的电子送达、电子证据的采信、判决网上公开等。诚然,还有一些是没有设想过民事诉讼的新变革,如网上诉讼服务中心、网络司法拍卖、网上缴纳诉讼费用等,未能在立法中予以体现,却体现在法院实际操作的过程中。法律本身的滞后性决定了它不可能将所有的变化囊括其中。事实上,民事诉讼程序无时无刻不在互联网技术的影响下发展更新着。目前,民事诉讼“互联网化”也是当今世界发展的主流,一些先进的民事诉讼改革值得我国效仿和加以借鉴。例如,走在

14 参见“用支付宝钱包缴纳诉讼费 浙江高院全国首吃‘螃蟹’”,中国新闻网

<http://www.chinanews.com/fz/2014/07-02/6342637.shtml>

15 刘敏. 电子时代中国民事诉讼的变革[J]. 人民司法应用, 2011(5).

世界前沿的美国案卷无纸化技术已经发展多年，在网上立案制度开始之前，就已经存在了对案卷进行扫描并归档的做法。除了电子文书的制作，美国华盛顿东区联邦破产法院还进行开庭审理电话会议的录音并且可以永久保存的声音文件，这种声音文件作为附件的形式保存在案件目录之下，并且可通过网络进行访问并且下载。目前，国内的一些法院也正在积极开展对案卷无纸化技术的探索¹⁶，以江苏省设计运营的新版案件管理系统为例，此系统将庭审记录、录音录像、文书制作、审限变更、文书签批、结案、归档、上诉案件电子卷宗移送等全部在网上进行电子化处理并留存，确保整个民事诉讼过程全程留痕¹⁷。案卷的无纸化技术不仅方便法官对案卷进行管理，避免传统纸质版案卷带来的诉累，而且对于当事人进行案卷的查阅和监督、使诉讼过程更加透明化具有重要意义。未来民事诉讼的“互联网化”会达到何种程度，曾经有澳大利亚的学者提出了关于“虚拟法院”的构想。所谓虚拟法院是指，完全电子化的、没有法院实体建筑的、数字化的虚拟法院。在这个虚拟法院中，当事人通过网络方式进行起诉、法官通过网络视频的方式进行审理、最后电子送达对本案的判决，并且用电子方式发送支付令。如果当事人拒不执行的话，可以强制从电子银行注册的账号划款，若支付失败的话再考虑实际执行。抛开这个设想能否实现的问题，不可否认的是，随着未来网络信息技术的迅猛发展，将会带动民事诉讼与互联网进行融合，并且形成一种“互联网诉讼模式”。网络技术发展日新月异，其发展变化的速度远远超乎人们的想象。民事诉讼程序的构建离不开网络传递的媒介，与此同时，网络信息技术带来的新问题亦需要民事诉讼程序进行规制，两者是密不可分的。当然，民事诉讼随着网络技术的变革并非是一蹴而就的，正如同互联网技术仍然在飞速的发展之中，未来还有无限广袤的前景。

16 参见：“正定法院：审执结案件实现卷宗电子化”，河北法制网 http://news.hbfzb.com/2015/fayuan_0121/77737.html。“临泉县法院执行案件卷宗电子化管理”，阜阳市中级人民法院网 <http://fyzy.chinacourt.org/article/detail/2013/08/id/1043098.shtml>。

17 参见“江苏运行新版案件管理系统：流程电子化全程留痕 信息透明化同步公开”，中国法院网 <http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/08/id/1365211.shtml>。

06 互联网反竞争行为之竞争法解决 路径分析

刘继峰

中国政法大学教授 博士生导师

中国商业法研究会副会长

中国法学会经济法研究会理事

从近年来发生的案件来看，互联网行业纠纷的重点已经从早期的版权纠纷转为反竞争。这一方面说明互联网行业靠简单的抄袭已经难以为继，另一方面也说明互联网企业更加注重技术的运用和技术性规避，由此导致案件的性质发生了改变。

1. 反竞争行为频发的原因分析

互联网行业的反竞争行为的频繁发生，和这个行业的特点及其对现有法律形成的挑战有紧密关系，既存在技术上的原因，也有法律制度上的障碍。

1.1 技术原因

互联网行业的特点是反竞争行为得以产生和频繁发生的主要原因。互联网行业的特点可以概括如下。

1.1.1 产业经营模式单一

传统的网络营销方式相对简单，只是将实体经营转换到互联网上而已，关注的是信息发布的功能：通过互联网这个开放性窗口，可以浏览到大量商业信息。其中，最重要的是将有价值的信息及时发布在自己的网站上，以充分发挥网站的广告功能。

但现代互联网营销的目标已经不仅仅是发布自己的消息，而是以提供相关服务取得客户的认同。这使得提供相同服务的互联网企业之间的竞争加剧，使不同的互联网服务企业的经营模式不断趋同。以腾讯公司诉奇虎 360 不正当竞争案为例，腾讯公司的主营免费网络服务市场是以 QQ 软件为代表的即时通信软件和服务市场；而奇虎 360 公司的主营免费网络服务市场是以 360 安全卫士软件为代表的的安全类软件和服务市场，从用户的角度双方免费网络服务的主营市场具有一定的区别。但是，原被告均系网络服务运营商，其运营模式具有一定的近似性，即“基础网络服务免费+增值服务收费+广告服务收费”的运营模式。第一个层面是网络运营商通过免费的基础网络服务锁定用户，基础网络服务用户的数量和黏度越大，公司资产的价值就越大。第二层面是通过向部分用户提供增值服务的方式在用户市场赚取利润；同时，可以在资本市场获得更多的融资，通过资本市场的盈利而非产品市场的盈利实现公司的运营价值。第三个层面是网络运营商将免费网络服务锁定的用户作为推介信息的对象，通过发布广告赚取市场利润。

免费的基础网络服务在服务的内容上，“QQ”与“360”不相交叉，不具有替代性。在对用户的锁定程度和广度上也不具有排他性。但是，在广告市场和资本市场上，两者具有明显的竞争性，而这个市场就是双方获利的主渠道——广告业务、风险投资市场，且获利能力和免费网络服务市场锁定用户的程度和范围紧密相关，由此形成了互联网的双边市场关系。

一般认为，两组参与者需要通过平台企业进行交易，而且一组参与者加入平台的收益取决于加入该平台另一组参与者的数量，这样的市场称作双边市场。基础平台的构建是双边市场形成的关键，通常，组建基础平台的方式有两种：

投资策略和定价策略。投资策略是以市场一边投资来降低另一边消费者参与市场的成本。微软是典型的例子，它对应用软件开发进行投资，以使它们更容易利用微软操作系统来开发软件达到扩大用户群的效果。定价策略是通过收费、免费服务对他们接受服务给予回报，来得到市场另一边——消费者的临界数量。腾讯公司与奇虎 360 公司基础平台服务便是运用免费提供服务的方式。双边市场涉及两种类型截然不同的用户，每一类用户通过平台企业与另一类用户相互作用而获得价值。腾讯公司与奇虎 360 公司都存在基础网络服务免费用户群体和利用平台的收费群体，后者受前者的制约。总而言之，透过现象看本质，公司是以盈利为目的的主体。若将腾讯公司与奇虎 360 公司都看作基础网络服务提供商、增值服务供应商、广告发布者，那么，两者的竞争关系就明显地体现出来了。

1.1.2 排挤竞争对手的技术成本低

互联网竞争格局逐渐呈现出平台化的趋势，互联网企业在确保核心业务龙头地位同时，开始向其他领域进行扩张，形成平台优势。如传统的互联网巨头 BAT 已形成自己的平台资源，百度依靠搜索业务优势，并购垂直搜索业务“去哪儿”，进军视频行业，并购 PPS、爱奇艺，依托云计算，搭建百度云开发者平台，形成百度系；腾讯依靠即时通信工具绝对优势地位聚集的人气打造腾讯帝国，业务扩张到互联网的方方面面；阿里巴巴已经打造了中国最大的电商平台，从电商到物流、支付、网络联盟、电子商务搜索，形成了“阿里系”。其他的互联网企业也纷纷利用自己的某个特定领域的优势地位，逐步实现平台化并由此不断扩张业务。平台化的趋势对于整合资源、加速传统行业的信息化进程都有着不可逆转的促进作用。

经营者有了自身的平台优势，可以很容易地利用特定优势资源，排挤竞争对手。此外，基于平台优势的经营者还利用技术力量来制约竞争对手的同类技术运用，如安全软件厂商突然对竞争对手产品采取查杀方式禁止其更新。对于平台商来说这种技术的运用（滥用）非常容易实现，但对于受害者来说，可能在短时间内毫无还手之力，也可能采取最简单的还手方法，即“同态复仇”。

1.1.3 “用户锁定”效应

锁定效应是指由于对技术的依赖导致从一个系统转换到另一个系统转移信息成本过高，以至于进入某个系统便逐渐强化对这个系统的适应，从而形成一种“路径依赖”。

锁定效应的产生可以归结为一个方面，就是信息转换成本。“转换成本”（conversion cost）由迈克尔·波特在1980年提出，指当消费者从一个产品或服务的提供者转向另一个提供者时所产生的的一次性成本。这种成本可能有经济上的，但更重要的则不是经济上的，而是时间、精力和情感上的，它是构成企业竞争壁垒的重要因素。换言之，如果顾客从一个企业转向另一个企业，因为会损失大量的时间、精力、关系等，即使他们对当前企业的服务不是完全满意，也不会轻易转换。

消费者信息成本福利是立法关注的消费者福利的一项新内容¹，于1992年美国“柯达案”中被首次适用。它包括搜寻信息的成本和向其他替代品转换的成本。

在信息转换成本中，发挥锁定效应的首先来自于转换者的心理成本，通常也被认为是感知风险。转移成本包括转换过程中所导致的时间、金钱和心理成本，转移成本又可细分为损失成本（loss cost）、适应成本（adaptation cost）和进入成本（move in cost）。损失成本是指取消与现有供应商的合约时所感知的社会地位和丧失现有服务的成本；适应成本是指新的搜寻成本和学习成本；进入成本是指转换过程中发生的经济成本，如购买新设备的成本或新的注册费用。另一个发挥重要锁定作用的是来自于人际关系平移的成本，表现为关心、信任、亲密和互相沟通的社会关系和心理关系。互联网中人际关系网越大，转移的障碍越大。当然，除了上述成本外，还包括学习成本、人工成本等。

1.1.4 垄断基础的技术性和垄断结构的脆弱性

传统社会中，权力意志转化为权力的客观基础主要是政治力量、军事力量、

¹ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services 504 U.S. 451 (1992) .

经济力量。在现代社会，权力意志的基础结构发生了重大的变化，其中，最为突出的就是知识转化为权力的可能性大大提高。

随着信息时代的到来，以技术和技术创新为基础的互联网产业本身就具有无可比拟的优势，技术创新所凸显的不兼容特性本身就构成技术型垄断。摩尔定律揭示的行业规律是技术创新所取得的技术优势可能很快消失，由此技术垄断者依靠技术所获得的垄断地位也会稍纵即逝。因此，基于技术创新形成的垄断具有不稳定性、暂时性。这一特点应该成为规制互联网垄断行为的态度和方法——是用政府权力的方法，还是依市场自我调整的方法——的主要分析基础。

1.2 法律上的原因

法律上的原因不仅涉及违法成本，也涉及救济路径上的问题。

1.2.1 互联网反竞争行为的违法成本

互联网产业反竞争现象层出不穷，一个重要的原因是违法成本低。一方面涉嫌垄断的行为因互联网的创新性及垄断状态的不稳定性，使得互联网卡特尔现象不典型、滥用支配地位行为的认定基础难以成就；另一方面互联网中的不正当竞争案件虽频繁出现，但往往违法行为的责任和收益相比微不足道。

造成“输了官司，赢了市场”现象的原因又包括三个方面。一是司法手段应急性不够。一个案件从发生到取得司法结论往往会经历漫长的时间，这期间行为人的目的（主要是争夺用户，后文详述）已经部分达到。诉前禁令是2013年《民事诉讼法》规定的一种行为，按照现行《民事诉讼法》的相关规定，提起诉前禁令主要适用于财产案件，互联网反竞争案件很难认定为财产案件。即使比照知识产权案件，知识产权侵权客体（载体）的财产性也明显优于互联网反竞争行为。因此，在可行性上互联网反竞争行为的诉前禁令不同于知识产权

的诉前禁令²。二是行政程序上，按照工信部 2011 年 12 月颁布《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》第 15 条的规定，信息管理机构在紧急情况下可以“叫停”，但要求的条件是“造成或者可能造成重大影响”，故只在“3Q 大战”中实行了一次³。三是不正当竞争行为的处罚主要是“法定赔偿”。由于反不正当竞争法没有明确规定互联网中的不正当竞争行为，实践中认定的互联网中的不正当竞争行为只能根据《反不正当竞争法》第二条，而第二条的保障条款——第 20 条规定的损害赔偿是一个模糊的标准：经营者违反本法规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任，被侵害的经营者的损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润。实践中，法院处理互联网中的不正当竞争行为的损害赔偿，主要比照《商标法》（2013 年修订以前的版本）规定的权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，处以 50 万元的罚款。《商标法》（2013 年修订）第 63 条将上述情况的赔偿数额扩展到 300 万元。而在实践中，超出这一“法定赔偿”的案件只有一件“奇虎公司诉腾讯不正当竞争案”⁴。

2 最高院曾发布《关于对诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》，全文共 17 条，涉及提出申请人、提出申请的法院、书面申请状须载明的内容、应提交的证据、担保问题等诸多方面。此外，还有《关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》等相关解释。

3 当然，“3Q”大战发生之时，《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》尚未颁布。所以，可以说是“3Q”大战促发了“叫停”机制的诞生。该机制体现在第 15 条的规定上：“互联网信息服务提供者认为其他互联网信息服务提供者实施违反本规定的行为，侵犯其合法权益并对用户权益造成或者可能造成重大影响的，应当立即向准予该其他互联网信息服务提供者互联网信息服务许可或者备案的电信管理机构报告。电信管理机构应当对报告或者发现的可能违反本规定的行为的影响进行评估；影响特别重大的，相关省、自治区、直辖市通信管理局应当向工业和信息化部报告。电信管理机构在依据本规定做出处理决定前，可以要求互联网信息服务提供者暂停有关行为，互联网信息服务提供者应当执行。”

4 该案一审判决赔偿数额为 500 万元，是全面考虑了以下因素：①上诉人实施的侵权行为给被上诉人造成的损失包括业务收入、广告收入、社区增值业务收入和游戏收入，QQ.com 网站的流量减少，QQ 新产品推广渠道受阻，被上诉人品牌和企业声誉因商业诋毁而受损；②互联网环境下侵权行为迅速扩大及蔓延；③被上诉人商标和公司声誉的市场价值；④上诉人具有明显的侵权主观恶意；⑤被上诉人为维权支出的合理费用等。最高法院的判决认为，一审法院在综合考虑上述因素并根据本案证据确定被上诉人遭受的经济损失数额已经远远超过法定赔偿限额的情形下，将本案赔偿数额确定为 500 万元并无不当。参见最高法院（2013）民三终字第 5 号。

1.2.2 反竞争行为侵害用户——受害者的救济存在惰性

上述免费平台的商业模式导致争夺用户是互联网企业在竞争中站稳和获胜的核心目标。目前，中国互联网产业的有效运营模式单一，最主要的盈利模式有两种，一种为向最终用户直接收费，以游戏收入、会员费等为主要的收入来源；另一种是面向用户免费，向广告主或营销主体收取费用。非游戏企业绝大多数的盈利模式都是第二种，即对用户免费，对第三方企业收费。对于互联网企业而言，接受服务的用户越多，网站的价值就越大。因此，对用户的争夺一直是这个行业竞争的一项重要目的。争夺的方式既有赤裸裸的“二选一”或代替用户操作计算机，强迫用户做出选择，也有假冒别人的产品或服务，欺骗用户使用自己的产品或服务，甚至全面覆盖竞争产品的内容，替代竞争者直接向用户提供产品或服务。

对于用户来说，因为服务是免费获取的或因为对技术的陌生，即使发生了被欺骗、被侵害的情况，往往也不清楚如何维护权益，或自己受损的数额和维权的成本不匹配等，放弃了权利主张。自己的受害仅仅是给生活、工作带来了不便，不存在损失，如果提起诉讼，只能要求停止侵害。这些都导致受害者被侵害后寻求救济的动力不足。

事实证明，靠司法解决互联网企业间的反竞争行为是不够的，需要更为快捷的行政处理方式以防止事态扩大及损害蔓延。

2. 问题解决的路径

互联网中的反竞争行为既包括垄断行为，也包括不正当竞争行为。互联网服务业具有网络技术创新、支配力不稳定等技术特征，对《反垄断法》的适用提出了新的挑战。与垄断行为认定时所要求的前提、后果、合理性等综合评价相比，不正当竞争行为的认定相对简单。相比较而言，互联网中的不正当竞争行为发生的频率更高，普遍性更明显。这决定了互联网反竞争行为的规制视角和方法的差异。

2.1 《反垄断法》适用的谦抑

我国当前互联网市场更需要的是对不正当竞争行为的规制而非对垄断行为的规制。除了上述互联网市场的技术特点外，以下法律特点也决定了《反垄断法》的适用应适度谦抑。

2.1.1 市场特性带来的挑战

很多时候，互联网企业充当一个网络平台的角色，平台两边活跃着两类群体，互联网企业同时向两类群体提供服务，且一边用户的交易会影响另一边交易（也被描述为网络外部性）。这种市场被称为双边市场。搜索引擎市场就是一个典型的双边市场：一边是使用互联网搜索服务的普通用户，另一边是在搜索引擎上投放广告的经营者。

双边市场中实际存在两个市场：作为平台的企业与左右两类群体分别构成一个市场。网络平台的双边市场又具有交叉网络外部性、需求互补性及价格非对称性等特性。这些特性决定了双边市场的管理需要有高超的判断力、决策力、倾向性等技术。例如，就搜索引擎的双边市场而言，搜索引擎有多种盈利模式，其中广告模式是诸多模式的核心。就定价策略而言，一般对交叉网络外部性强度较大的一方采取高定价，对交叉网络外部性强度较小的一方采取低定价或免费。当然，搜索引擎平台的双边定价还与用户需求价格弹性和支付意愿有关。

但是，双边市场对界定相关产品市场时的影响是否像企业价格策略那样明显。换言之，界定相关市场时，是否因为双边市场就需要进行倾向性选择？如果是，倾向性选择以哪一边为主，哪一边为辅？这些问题都需要进一步研究。

从目前审结的案件中似乎还看不到双边市场在认定相关产品市场时的特殊影响。以唐山人人公司诉百度案为例，参与竞价排名的“人人公司”起诉百度滥用市场支配地位，法院持有的双边市场的观念主要用在驳斥被告提出的“提供的搜索引擎服务对于广大网民来说是免费的，故与搜索引擎有关的服务不能构成《反垄断法》所称的相关市场”的抗辩上——百度提供的搜索引擎服务虽然对普通用户免费，但向参与竞价排名的经营者收费，而百度之所以能向经营者

收费，是因为普通用户在搜索相关信息时点击了经营者因参与竞价排名而产生的推广链接。尽管法官在观念上接受了本案具有双边市场的特性，但这一观念没有应用在认定相关市场或市场支配地位上。法院最终认定本案的相关市场还是一个单边关系——“中国搜索引擎服务市场”，理由是尽管和搜索引擎服务相关网络新闻服务、即时通信服务、电子邮件服务、网络金融服务等互联网应用技术广大网络用户中也具有较高的使用率，但搜索引擎服务所具有的快速查找、定位并在短时间内使网络用户获取海量信息的服务特点，是其他类型的互联网应用服务所无法取代的，即作为互联网信息查询服务的搜索引擎服务与网络新闻服务、即时通信服务等其他互联网服务并不存在构成一个相关市场所必需的紧密的需求替代关系。

法院的这种界定，有人认同，也有人反对。有学者就批评法院的认定存在一个内在矛盾：认定相关市场是搜索服务引擎市场时，从网络用户的角度出发；而在否定百度的抗辩时，又从借助搜索引擎进行广告营销的经营者出发。尽管法院意识到百度提供的搜索服务面对两个群体，且这两个群体之间存在密切关联，但法院并没有意识到从不同角度来界定相关市场时会得出不一样的结论：如果着眼于普通用户利用百度的搜索引擎进行信息搜索，那么将相关市场界定为搜索引擎服务市场是可行的；但若着眼于经营者利用百度竞价排名业务进行广告营销，那么相关市场就应当是广告市场。当界定相关产品市场不同时，百度所具有的市场地位差距会非常明显。无论如何，百度也不可能在广告市场上具有支配地位，哪怕广告市场再细分为互联网广告市场、在线互联网广告市场等⁵。

同样，360诉腾讯科技公司滥用市场支配地位纠纷案一审中，也看到了互联网供应商提供产品及服务的一个显著特点，正如一审判决所言：“几乎所有的供应商都将其基础服务的价格确定为零收费，无论是本案当事人所提供的即时通信、杀毒安全软件，还是其他诸如搜索引擎、微博、电子邮箱、社交服务以及

5 焦海涛：论互联网行业反垄断执法的谦抑性——以市场支配地位滥用行为规制为中心[J]，交大法学，2013（4）。

提供新闻、影视和音乐内容等。”同时依据“用户对即时通信产品及服务（所）具有很高的价格敏感度”，确定了一个单边市场，并将相关市场界定为：综合性地将即时通信与社交网站、微博服务，以及与具有在线状态通告、小群体用户沟通、即时和跨平台交流的文字、音频以及视频等单一的即时通信之间具有紧密的可替代性，划归同一相关市场，排除了传统的短信、手机通话、固定电话通话、电子邮件。

如果将 360 诉腾讯科技公司滥用市场支配地位纠纷案一审作为一个判例看待，案件强化了互联网行业“各服务商之间真正竞争的是客户数量、点击量和客户有效使用时间，因为客户越多，点击量越大，客户的有效使用时间越长，广告和增值业务的盈利将越高”这种商业模式，由此导出确定相关产品市场的规则是双边市场中敏感性强的一边为相关市场的分析核心，敏感性弱的一方只是一个参照因素。

在谷歌收购摩托罗拉案件中⁶，商务部将移动智能终端和移动智能终端操作系统确定为本案的相关商品市场。相比较而言，移动智能终端市场敏感性较弱：集中度相对分散、竞争激烈，市场不断推陈出新，更新换代频繁，各制造商均面临较大的竞争压力。与上述市场显著不同，移动智能终端操作系统市场敏感性较强：是一个高度集中的市场——相关数据表明，2011 年第四季度，仅谷歌开发的安卓系统就占据 73.99% 中国市场份额，此外，诺基亚的塞班系统占 12.53%，苹果的 iOS 占 10.67%，三者合计占据 97.19% 的中国市场份额。最终，商务部以敏感性较强的一方为基础，考虑到安卓系统超高的市场份额、移动智能终端制造商对安卓系统的高度依赖性、谷歌公司雄厚的财力和技术开发能力以及很高的市场进入门槛，认定安卓系统在移动智能终端操作系统市场占据市场支配地位。

由此，似乎可以得出一个应用双边市场理论的基本实践指向，即双边市场中敏感性强的一方作为界定相关产品市场决定性因素，敏感性弱的一方只是一

6 参见商务部公告 2012 年第 25 号《关于附加限制性条件批准谷歌收购摩托罗拉移动经营者集中反垄断审查决定的公告》。

个参照性因素。

2.1.2 分析标准适用中条件难以成就

《反垄断法》第18条确立了诸多认定经营者具有市场支配地位的因素。市场份额是最主要的一个因素，但在互联网服务中市场份额的确定基本上被相关市场的界定“挡在门外”而无法进入“内堂”了。不仅如此，其他认定条件在适用中也存在一定的障碍。

（1）控制商品价格、数量或其他交易条件的能力。

首先，基于平台模式，免费向用户提供的产品，用户不愿意为平台服务支付任何费用，即使平台的用户数额巨大，也难以使其拥有超越其他竞争者的产品定价权。其次，互联网上的同类软件种类众多，即使创新产品进入市场之初替代品较少，但技术的跟进会很快打破创新产品短暂的垄断，因此，互联网市场同类产品的用户选择余地较大。

（2）经营者的财力和技术条件。

任何一个经营者的财力和技术条件都不具有实质性地排除新的竞争者进入市场或者扩大产能的能力。例如中国移动、中国联通、中国电信、阿里巴巴、百度等都后于腾讯进入即时通信领域，这些竞争者财力和技术能力都很雄厚，而且这些大型企业都有足够实力对腾讯公司在该领域的领先地位造成冲击。此外，在互联网领域存在大量的风险投资基金，只要有好的产品和用户，风险投资机构会积极进入市场为经营者提供强有力的资金支持，大多数互联网公司均依靠风险投资基金迅速扩大经营规模。

（3）其他经营者对经营者在交易上的依赖程度。

由于用户具有较为充分的选择，交易相对方可以轻易地选择与其他竞争者进行交易，对特定经营者的依赖程度较弱。互联网服务具有明显的网络效应，某种产品对用户价值取决于使用该产品的其他用户的数量，即使用某种产品的用户越多，使用时间越长，越能吸引其他用户使用，换用其他同类产品的信

息转换成本越高。360 诉腾讯科技公司滥用市场支配地位纠纷案一审认可了 CNNIC 报告指出的“未来同时使用多款即时通信工具的用户会进一步提升”，网络效应和用户锁定效应并非不可逾越的壁垒。

(4) 阻碍、影响其他经营者进入相关市场的能力。

互联网市场不但进入门槛低，经营者进入市场的途径也具有多样化的特点，每年都有大量经营者进入该领域。以即时通信产品为例，2011 年中国大陆共计有盛大 Youni、苹果 iMessage、中国联通“沃友”、360 推出的口信、中国移动“飞聊”、中国电信、尚易 imo、图度 Talk2.0Beta 和“网易即时通”等即时通信产品推出市场。此外，在位企业（包括刚进入市场的主体）的市场扩张阻力不大。如 2006 年中国移动推出的飞信、2007 年阿里巴巴公司推出阿里旺旺、2008 年百度公司推出的百度 Hi 和 2008 年多玩游戏网推出的 YY 语音等即时通信软件。

2.1.3 相关市场分析中的难题

(1) 相关产品市场的分析难度增大。

互联网服务企业有一个公知的营销策略：“同类产品差异化、异类产品一体化。”这样的营销策略将带来两个结果：一是相关产品的替代性不断降低，加大了互联网服务企业界定相关产品市场的难度；二是市场的双边性或多边性被强化，互联网的兼容性使许多原本不同类的产品之间在功能作用上出现了交叉和重叠，很难仅仅从需求者替代、产品的性能、价格等来确定相关产品市场。具体而言“假定垄断者测试”方法适用基础的改变，将使这种最常用的解决相关产品市场基本方法的可适用性受到质疑。

假定垄断者测试（SSNIP）方法是在产品替代性非常紧密的情况下，通过测试需求者的认识分析目标产品的关系，并由此得出相关市场的调查统计方法。假定垄断者测试方法诞生于界定传统市场时，相关产品及其替代性是具有制约关系的，且这种制约关系在测试中通过价格的变化显现出来。但是，在互联网服务业中，由于经销模式的趋同——构建免费平台，使得价格在测试中的作用基础发生了变化。即使进行的是有偿情况下的消费者反应，因基础价格太低提升

后价格对于消费者而言，也难以真实地反映其消费观念和取向。当然，这里还存在网络效应、用户锁定效应等特殊因素的影响。比如，即使输入法“拼音加加”的价格提升5%~10%，而搜狗手写输入法是完全免费的，也未必有很多用户放弃“拼音加加”而选择搜狗手写。在互联网服务中，该方法“基本假设”发生的可能性很低，因为边际成本相对于固定成本趋于零。低边际成本会导致相关市场的界定过宽。另外，不考虑商业基本运营模式的测试方式得出的测试结果也是不切实际的，此时使用SSNIP方法，这已不是“小幅非暂时”的提价测试，而是本质性的改变。

（2）相关地域市场遇到的挑战。

互联网的扩展性使得相关地域市场的重要性大大降低，而且边界更加模糊。一般而言，界定相关地域市场需要考虑到运输成本和商品特性、实际销售分布、地域贸易壁垒、需求者偏好等因素。在互联网市场中，市场具有开放性和互通性的特点，产品在互联网中的传播不需要考虑运输成本和运输特征，开放性的网络传播使市场准入非常便捷，互联网产品的虚拟性以及互联网的无限扩展性，一些产品如电子书籍等进行在线交易十分便捷。国际间互联网产品的提供与获得无须额外运输成本、价格成本或者其他成本，经营者和用户均无国界。因此，运用需求替代和供给替代分析相关地域市场时，一些原本可以参照的标准不再适用。在Bertelsmann/Havas/BOL案⁷中，当事人主张，应该将互联网服务企业销售的相关地域市场定为全球性的地域市场。

当然，如果说一些产品既可以进行传统的交易，又可以进行互联网交易，则B2B电子商务交易平台的出现，就给传统的地域市场划分标准带来了更大的挑战。在线交易市场的交易受制于传统交易的地域范围（如事先划定送货范围），相关地域市场的界定尚有一定的可参照标准。纯粹的互联网服务市场的地域边界则变得十分模糊，市场上的企业数量以及市场范围也在不断的变化之中，但似乎也不能由此得出所有互联网服务业的相关地域市场都是全球范围。实际上，

⁷ Christopher Vajada Q.C. and Anders Gahnstrom, “E. C. competition law and the Internet”, E. C. L. R., No.2, 2000, p.97。

一方面各国政府都会基于产业政策而对本国互联网服务企业活动做出各种限制性规定，经过划分后的区域就形成了一个相对独立的市场；另一方面互联网服务企业的地域市场还与店铺的营业时间长短、语言文化、使用习惯有关⁸。

（3）相关时间市场遇到的挑战。

依据著名的摩尔定律，计算机硅芯片的性能每隔 24 个月（现在的说法是 18 个月）就会翻一倍，性能也将提升一倍，它的价格却跌落得很快。这个定律揭示了技术进步的快速。“3Q 滥用市场支配地位”案一审中，原告的专家辅助人认为，本案仅需界定在“3Q 大战”发生的 2010 年年末包括即时通信产品在内的合适的相关市场，而当时的中国即时通信产品和社交网络、微博之间有很大区别，不属于一个相同的反垄断意义上的相关市场。法院则认为，竞争是一个动态的过程，在一个滥用市场支配地位的反垄断诉讼中对相关市场进行界定时，必须考虑本案商品或者服务所在产业的发展现状及未来一段时间的趋势。互联网行业具有网络技术创新能力强、经营模式变化日新月异的显著特点，总体上应当对那些有可能延续一段时间的滥用市场支配地位的行为予以制止，以有效维护市场竞争机制。因此法院的结论是，在认定本案相关市场时，仅仅考虑 2010 年双方纠纷发生时一个较小周期内的情况分析相关市场状况，并不能起到科学合理的、有效制止滥用市场支配地位的效果。换言之，相关时间市场不是一个主要的考虑因素。案例中的这一观点是否具有普遍适用价值，值得观察。

2.2 反不正当竞争法适用的显扬

在规制互联网垄断行为适度谦抑的情况下，互联网服务中很多行为所具有的不正当性则难以找到放之任之的合理理由。

基于互联网行业竞争激烈，商业模式趋同的特点，互联网企业往往会采用各种不正当手段争取流量或争夺客户。这些手段和行为通常具有以下特点：第

⁸ 事实上，中国法院在相关互联网案件中的地域认定也不完全一致：奇虎诉腾讯案中的相关地域市场被认定是“全球市场”，而在唐山人人诉百度案认定的相关地域市场是中国。

一，行为实施者主要凭借的工具是技术，即以技术手段制约同类技术的运用；第二，制约行为具有临时性、不稳定性，即经营者实施的制约行为可能是一次性的，也可能是不特定时间出现的；第三，消费者处于“无知之幕”笼罩下，即对于非专业人士的消费者而言，他们无法判断互联网企业实施技术性制约给其带来的不利影响来自于哪里、如何解决。

对于这类恶意利用技术的行为，需要从行为性质的角度来评价，而不是从垄断的程度来规制。相比较《反垄断法》，在互联网领域反不正当竞争法的作用应当得到显扬。

在立法技术上，确立一个广义的不正当竞争行为概念，借鉴德国和瑞士联邦《反不正当竞争法》，保护所有参与者的利益（德国《反不正当竞争法》第一条，瑞士联邦《反不正当竞争法》第二条），包括经营者危害竞争者、消费者和其他市场参与者的行为和没有特定的受害主体但侵害公共利益的行为⁹。

基于此，互联网服务市场的不正当竞争行为就需要从不同的角度做不同的分类。

从和现行《反不正当竞争法》的对应性而言，可以分为传统不正当竞争行为和新型不正当竞争行为。前者指在互联网上发生的符合现行《反不正当竞争法》中规定基本条件的某种（些）行为；后者指互联网上发生的在现行《反不正当竞争法》的列举条款中无法找到，但基于《反不正当竞争法》第二条的规定应当属于不正当竞争行为的行为。

依侵害对象的不同，不正当竞争行为可以分为侵害竞争者利益的行为、侵害消费者利益的行为、侵害市场参与者利益的行为。侵害竞争者利益的行为，如捏造、散布虚假事实损害其他同类互联网信息服务者的合法权益，或者诋毁其他同类互联网信息服务提供者的服务或者产品的行为；侵害消费者利益的行为，如以欺骗、误导或者强迫等方式向用户提供互联网信息服务或者产品；侵

⁹ 德国《反不正当竞争法》第一条规定，本法旨在保护竞争者、消费者以及其他市场参与人免遭不正当竞争之害。本法同时保护公众对不受扭曲的竞争“所享有”的利益。

害市场参与者利益的行为，如恶意对其他互联网信息服务提供者的服务或者产品实施不兼容、不对接。

依实施主体的不同可分为经营者直接实施的行为和间接实施的行为。前者如经营者以欺骗、误导或者强迫的方式使用户下载、安装、运行、升级自己的软件或卸载竞争者的同类软件；间接的方式如经营者雇用网民充当“网络水军”，实施虚假宣传、商业诋毁等行为。

互联网领域的技术发展日新月异，如当下尤以移动互联网和云计算两大方向最为热门，给互联网行业不正当竞争的遏制带来更多的挑战。在移动互联网终端上，以病毒为例，未来可能出现爆炸性的增长，手机上网可能面临过度读取个人隐私、恶意扣费、个人密码信息泄露等威胁，互联网厂商在移动终端上的不正当竞争行为也将因终端的分散和移动而更加难以追踪和取证。云技术同样给互联网行业不正当竞争行为带来更为隐蔽的便利条件，由于在云计算下，所有控制指令全部来自于云，可谓快速出现和快速消失，这给规制带来越来越大的挑战，难以对不正当竞争行为进行监控和取证，这对于互联网行业企业坚守底线的要求也更加严格。法制的介入只是这个行业发展的一种被动性反应，坚守创新理念并在内心保守商业道德才是互联网良性竞争的稳健动力。

07 论互联网金融法治路径

李爱君

中国政法大学金融创新与互联网金融法制研究中心主任

金融财税法所教授

中国银行法学研究会副秘书长

反金融犯罪委员会副主任

法治应包含双重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律¹。——[古希腊]亚里士多德

互联网金融的出现，在一定程度上解决了中小微企业及个人消费金融服务不足的问题，但同时我国的互联网金融发展过程中对已成立的法律的漠视、缺乏敬畏，甚至有些非金融机构借助互联网技术提供金融服务的同时在突破、违反已成立的禁止性的法律规定，使得脆弱的市场法律制度丧失殆尽，这不但破坏了整个社会的法制环境及法律的权威，而且会影响互联网金融本身健康与持续的发展和整个经济秩序的稳定，同时对投资者的财产构成欺诈性的剥夺。为充分发挥互联网金融对经济发展的作用，并保持该行业的持续发展，互联网金融应回归到法制的轨道上来，使其法治化。

¹ [古希腊]亚里士多德，吴寿彭译．政治学[M]．北京：商务印书馆，1965年8月版，第202页．

1. 互联网金融法治路径之一：互联网金融应普遍服从已成立的法律

首先，互联网金融的本质是金融。这是由其本身功能决定的，事物的功能决定其本质。互联网金融的 P2P、众筹、第三方支付、网络保险及基金网络销售等模式的功能仍然具有兹维·博迪（Zvi Bodie）和罗伯特·C.莫顿（Robert C.Merton）列出的金融六项基本职能²：“在时间和空间上转移资源；管理风险；清算和支付结算；储备资源和分割股份；提供信息；解决不对称信息带来的问题。”因此互联网金融还是金融，是金融就要服从已成立的法律；是金融就不能超脱金融的既有秩序和规范，因此要普遍服从已成立的法律。

其次，互联网金融是金融创新。金融创新就是指采用新的技术和方法，改变金融体系基本要素的搭配和组合而提供新的金融服务模式过程，其目的是要形成新的流动性、赢利性和安全性，从而提高金融效率。新技术的出现是促成金融创新的主要原因，特别是网络技术的发明在金融业的应用，是促成 21 世纪金融创新的重大因素³。P2P、众筹及第三方支付等就是非金融机构利用了网络技术提供了金融服务的创新，网络保险与基金网络销售是金融机构利用网络技术在传统的金融领域的推广和使用，提高了金融信息的处理速度，降低了金融交易成本的一种交易模式的创新。金融创新要依法创新。金融创新史已充分证明任何创新都伴随着风险⁴，因此在创新的同时要依照已成立的法律进而消解创新带来的风险，这是法律的安全价值所决定的，安全是法律持续性的制度安排与价值追求，已成立法律的核心是保障金融的效率、秩序与安全。因此互联网

2 [美] 兹维·博迪，罗伯特·C.莫顿．金融学（中译本）[M]．北京：中国人民大学出版社，2000 年，第 23-30 页；Robert C. Merton, A Functional Perspective of Financial Intermediation, Financial Management, vol.24, No.2, Summer 1995.

3 熊彼特将金融创新分为五类，第一类就是新技术在金融业的应用；第二类是国际市场的开拓；第三类是国内和国际金融市场上各种新工具、新方式、新服务的出现；第四类是银行业组织和管理方面的改进；第五类是金融机构方面的变革。根据熊彼特对金融创新的分类，互联网金融是新技术在金融业的应用，是互联网这一新技术的出现促成的金融创新。

4 金融创新既有正面效应，也有负面效应。金融创新的负面效应既降低了金融体系的稳定性，也降低了金融监管的时效性，增加了风险，也增大了发生金融危机的可能性。

金融应在已成立的法律框架下进行创新，使其因创新带来的风险进行最大限度的消解。如需要突破已成立的法律，那就先修订法律，确保互联网金融创新在法治轨道上进行。

事实上，我国互联网金融发展过程中存在对已成立的法律突破甚至违反了禁止性的法律规定，尤其 P2P 和众筹处于无准入门槛、无行业标准、无监管机构的无序发展状态，使得一些恶性主体的违法成本很低，借用这种模式为满足贪欲对投资者的财产进行欺诈性的剥夺。P2P 与众筹⁵在我国已成立的法律框架下分别是民间借贷和私募股权投资的法律性质，但 P2P 与众筹的实际运行都对已成立的法律进行了突破。在已成立的法律框架下 P2P 与众筹平台是信息中介，不参与出借人（投资者）和借款人（融资者）活动之中，只是根据《合同法》的居间合同法律关系履行居间人的义务和权利，为双方提供签订借款合同（投资合同）有效信息，并收取服务费。但实际状况平台本身已不是信息中介，尤其 P2P 平台为吸引投资者和解决我国信用体系的不完善而通过平台本身、风险准备金、有关联关系或无关联关系的第三方融资性担保公司和小贷公司进行担保转换成信用中介。在这一转换中，突破和违反法律的行为有：①平台本身担保行为。目前，平台的法律性质一般都是《公司法》中的两类公司，是非信用担保机构，因此不能对资金借贷进行经营性的担保。②平台有关联关系的第三方融资性担保公司进行担保行为，违反了《融资性担保公司管理暂行办法》（银监会令 2010 年第 3 号）第 27 条⁶；③小贷公司对平台的担保行为，违反中国人民银行和银监会于 2008 年联合发布的《关于小额贷款公司试点的指导意见》（以下简称《小贷指导意见》）规定小贷公司不能吸收存款和提供融资性的经营性担保的规定。④小贷公司与 P2P 嫁接变相地向公众吸收存款。以上这些行为根据 1998 年 7 月 13 日国务院发布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第 5 条“未经中国人民银行依法批准，任何单位和个人不得擅自设立金融机构

5 股权众筹是通过网络平台向大众进行私募股权筹资的一种方式。

6 融资性担保公司对单个被担保人提供的融资性担保责任余额不得超过净资产的 10%，对单个被担保人及其关联方提供的融资性担保责任余额不得超过净资产的 15%，对单个被担保人债券发行提供的担保责任余额不得超过净资产的 30%。

或者擅自从事金融业务活动”和《刑法》第 225 条第 4 项规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，构成非法经营罪；还有《刑法》第 174 条⁷“擅自设立金融机构罪”。更为甚者，无论 P2P 平台，还是众筹平台本身向投资者虚构借款项目，实际是平台本身进行融资，此种行为根据 2010 年《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《司法解释 2010》）可能构成欺诈、非法吸存，在存在非法占有目的时，还可能会构成集资诈骗。

P2P 与众筹的资金转移也存在法律问题。传统的民间借贷和私募资金转移是投资人直接转移到融资人账户或第三方托管账户（私募基金），但 P2P 和众筹资金转移大多数是投资人把资金转移到平台设立的第三方存管账户（不是第三方托管账户），然后平台再转移给融资，此种行为导致平台形成了资金池，使平台从事了吸存和放贷的功能，即从事了《商业银行法》第 3 条项下应由银监会批准方可经营的业务。根据国务院于 1998 年颁布的《取缔办法》第 3 条和第 4 条，未获批准，从事吸储放贷、结算等传统商业银行业务的机构为非法金融机构；未获批准，从事传统商业银行业务、以任何名义向社会不特定对象进行的集资均为非法金融业务活动。而该办法第 2 条明确规定：“任何非法金融机构和非法金融业务活动，必须予以取缔。”其实银监办发〔2011〕254 号《关于人人贷有关风险提示的通知》明确指出，网贷中介机构可能演变为吸收存款、发放贷款的非法金融机构，甚至变成非法集资。

P2P 和股权众筹突破了传统的“公募”与“私募”的划分界限。我国已成立的法律对市场私募筹资行为无论是在筹资人数，还是筹资条件，都有严格的规定，但股权众筹借助互联网技术在人数和筹资数额都在突破法律所严令禁止的规定。私募发行根据我国《证券法》第 10 条规定必须符合 3 个条件：股东必须为特定对象；特定对象股东累计不超过 200 人；不得采用广告、公开劝诱和

7 【擅自设立金融机构罪；伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪】未经国家有关主管部门批准，擅自设立商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。

变相公开的方式。实际股权众筹是借助网络平台买卖股份实现融资，其性质类似于公开发行政券，募集对象属于不特定的对象，在募集资金额度与投资者人数也已突破了《司法解释 2010》第 3 条等规定⁸，构成了非法集资（P2P 也存此问题）。还有些股权众筹的股东人数从形式上没有突破《证券法》第 10 条的特定对象累计不超过 200 人，但平台利用双层结构设计，如领投人与跟投人设立一个有限合伙，领投人是普通合伙人，跟投人是有限合伙人，再以有限合伙作为股东进行投资，通过此种设计能够有效地减少公司的股东人数，规避了法律的禁止性规定。根据 2014 年 8 月 21 日正式发布施行的《私募投资基金监督管理暂行办法》（以下简称《私募管理办法》）第 2 条规定：“本办法所称私募投资基金，是指在中华人民共和国境内，以非公开方式向投资者募集资金设立的投资基金。私募基金财产的投资包括买卖股票、股权、债券、期货、基金份额及投资合同约定的其他投资标的。非公开募集资金，以进行投资活动为目的设立的公司或者合伙企业，资产由基金管理人或者普通合伙人管理的，其登记备案、资金募集和投资运行适用本办法。”因此在股权众筹的“领投-跟投”模式中，“领投人”已相当于基金管理人的功能，而且成立了有限合伙企业进行汇集资金并进行投资，因而应按《私募管理办法》进行备案。

综上所述，目前互联网金融的创新广泛存在有法不依的情况，使市场处在竞争无序、劣币驱逐良币的状态，充满了道德风险和逆向选择，影响了行业的健康有序发展。

2. 互联网金融法治路径之二：建构互联网金融的监管制度

金融的核心特征是风险，因此各国对金融业都依法进行监管。互联网金融的本质是金融，核心特征仍旧是风险。美国、英国等国家相继将互联网金融 P2P

⁸ “非法吸收公众存款，具有下列情形之一的，应当依法追究刑事责任：（1）个人非法吸收或者变相吸收公众存款，数额在 20 万元以上的，单位非法吸收或者变相吸收公众存款，数额在 100 万元以上；（2）个人非法吸收或者变相吸收公众存款对象 30 人以上的，单位非法吸收或者变相吸收公众存款对象 150 人以上的……”

与众筹纳入传统的监管框架，并颁布了监管的具体规定。我国目前已明确了 P2P 和众筹分别由银监会和证监会监管，但相应的监管细则还未出台。

互联网金融的监管需要建立在互联网金融风险特征的基础上进行制度设计。英国学者道尔（R.Dale）则将传统的金融监管的基本制度划分为审慎或预防监管和保护性监管⁹。P2P、众筹不是金融机构，既不形成资产业务也不形成负债业务，只是提供信息服务，因此用审慎性的监管方法是不适用的；传统的保护性监管同样也不适用，传统的保护性监管存款保险制度并不包括互联网金融的各主体，最后贷款人制度是央行对商业银行进行贷款的制度，更没有对互联网金融的主体，因此这些制度都不适用于互联网金融。互联网金融监管的理念首先是行为监管，如保护消费者的安全权、知悉权、选择权、公平交易权、索赔权、受教育权等各项合法权益，制定公平交易、反欺诈误导、个人隐私信息保护、充分信息披露、消费争端解决、反不正当竞争、弱势群体保护、广告行为、合同规范、债务催收等规定或指引。其次是互联网金融行为能力监管理念。互联网金融是集金融与互联网的高专业性、技术性、风险性于一身的金融创新，因此投资者要有一定专业能力、风险识别能力和承受能力。美国、英国等国家在对于互联网金融立法引入了合格投资者的概念就是金融行为能力监管的体现。三是合法性监管理念。从美国、英国等国家的实践来看，它是一种行之有效的网络金融模式，并通过立法予以合法化。我国的 P2P 的发展火热与乱象丛生，以及众筹发展的缓慢，是由于我国相关制度的滞后，使得此行业在规避法律和突破法律进行创新和发展。根据我国的已成立的法律制度和客观实际情况，P2P 和众筹的业务模式可以采用负面清单式的合法监管，如不能触犯已成立的法律制度和即将出台的监管细则等。

具体监管制度从以下几方面进行设计。

⁹ 审慎或预防性措施的目的是控制银行的风险程度以及其对银行破产可能性的影响，保护性监管则是面临实际的或将面临的银行破产时为银行客户和银行本身提供保护。审慎监管包括资本充足率要求、流动性要求、利率管制、资产分散化规则、可允许的商业活动的限制、市场进入的限制和一般性银行监督和检查。保护性的措施包括各种形式的存款保险和最后贷款人设施。

第一，确定互联网金融的模式、准入门槛、技术标准、行业标准。第二，P2P和众筹平台不能自身或者通过关联的融资性担保公司和小贷公司提供担保；允许第三方融资性担保公司进行担保，但要对担保公司的风险进行防范，如需要小贷公司进行担保就需要修订相关规定。第三，不能形成资金池，规定资金必须委托第三方托管机构进行托管。第四，明确投融资信息的发布形式，该形式的确定方式应充分发挥网络降低传播的成本特点，可以采取网络的形式进行宣传。美国为了降低企业证券发行成本，放松了对私募发行宣传的限制，允许通过报纸、网络或电视进行公开宣称。第五，强化融资者和平台的信息披露义务和责任，包括披露信息的内容、披露的标准、披露主体及法律责任。第六，赋予平台有风险提示和对投资者和融资者教育义务。第七，平台有对融资者信息审核的义务。第八，对平台参与主体各方要有相关的规定，如融资者的资格和融资额度的规定、投资者的资格和投资的额度规定¹⁰。第九，互联网金融客体监管制度。对P2P平台的融资工具要有规定，如是民间借贷就只能是《合同法》规定的借款合同，不能变相为其他金融工具的交易平台。股权众筹的融资项目要有相关规定，不能是国家禁止融资的项目。

10 可以借鉴美国的JOBS法案规定。

朱巍

中国政法大学传播法研究中心副主任 副教授

中国互联网协会分享经济工作委员会专家委员

十八届四中全会明确提出开始民法典编撰工作，这是关系到未来中国经济发展和人权保护的盛事，也是关乎民生民权的大事。从时代意义上看，我国民法典编纂工作始于工业 3.0 时代，将实施于工业 4.0 时代，这就给立法时代性提出了要求。立法现代化是法治现代化的前提，不仅需要立法技术的现代化，而且需要立法理念的现代化。我国民法典编撰已近高潮，新时代民法典完全有可能在“十三五规划”期间正式出台¹。

1. 民法典编撰应符合“互联网+”时代要求

任何国家的民法典制定都印着不同时代的特征。《法国民法典》是资产阶级大革命的产物，通篇都洋溢着“从身份到契约”的精神；《德国民法典》则是德国统一的产物，既涵盖了保守主义思想，又展现出工业生产的时代特点。中国

¹ 2016 年 3 月 4 日，十二届全国人大四次会议发言人傅莹发布消息称，制定民法典将分两步走，第一步是制定民法总则，第二步是全面整合民事法律。按照傅莹的发言，我国民法总则草案将于 2016 年 6 月提请人大常委会审议。参见澎湃新闻网《傅莹：民法典编撰分两步，预计六月提请审议民法总则》[EB\OL] http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1439244。

制定民法典正值互联网技术昌盛之际，网络技术已经将民事生活各个方面“互联互通”，只有将互联网技术的特征深刻印记到民法典中，才能真正显现立法的“指引作用”。从工业革命的角度看，技术革命对近现代民事立法的影响分为四个阶段。

第一阶段是蒸汽机时代（工业 1.0 时代）。这个时代的技术特点在于蒸汽机代替了人力、畜力和水利，新兴的资本主义原则在于“经济增长就是至善”²，“家庭和地方社群崩溃，取而代之的是国家和市场”³，“市场”最重要的特点就是人“从身份到契约”的转变，从出身论转化为市民论。这个时代的市民性质虽与现代社会中的公民身份还有不同，仍缺少政治上的权利，不过，市民身份在社会经济层面与罗马法时期的“家子”已有性质上的差别。例如，《法国民法典》首次将“自由与平等”作为立法的基本原则⁴。该法典也首次以法律的形式强调了契约自由与契约神圣原则⁵。

第二阶段是电气化时代（工业 2.0 时代）。这个时代特点在于公民意识的提升，民事立法开始强调公平责任和责任保险，绝大多数的现代民事责任理论都诞生于这个时代。电的发明和普遍使用让人类首次对自然界拥有了强大的改造能力，大机器生产、集约化经营、飞机汽车和高危产业都肇始于这个时期。《德国民法典》诞生于 19 世纪末，它的特殊之处在于，这部法律开始讨论的时代仍是蒸汽机时代⁶，等到这部法律诞生之日就变成了电气化时代（1900 年正式开始适用）。与其说电气化对《德国民法典》的影响存在于个别特殊责任的法条之中，倒不如说，电气化对德国各邦之间的统一适用起到了关键性作用。这是因为，电气化让社会重新分工，集约化和“容克地主”经济被电气化作为工具协调起来。

第三阶段是信息化时代（工业 3.0 时代）。这一时代是互联网技术应用的起始，

2 [以色列]尤尔瓦·赫拉利. 人类简史 [M]. 林军宏译, 北京: 中信出版社, 2014 年第 1 版, 第 307 页。

3 同上注, 第 353 页。

4 参见《法国民法典》第 8 条: 所有法国人都享有民事权利。

5 参见《法国民法典》第 1134 条: 依法成立的契约, 在缔结契约的当事人间有相当于法律的效力。

6 德国的民法编撰工作开始于 1871 年近代德国统一后, 1874 年正式成立“准备委员会”, 标志着民法典编撰工作正式开始。

网络开始以工具的形式存在于民事生活的方方面面，网站特殊责任形式、互联网金融和网络经济规律开始逐渐被写入法律。信息化时代与电气化时代的本质区别就是数字化和网络成为社会经济发展的趋势。在这个时代中，不仅网络平台、互联网经济、电子合同、电子证据、数据权利、虚拟人格、虚拟财产等新兴民事法律名词层出不穷，而且大数据、云计算、人工智能等跨时代技术也初见端倪。

工业 3.0 时代的民事法律与之前的两个时代的编撰新的民法典不同，各国大都以修法或补位立法等方式适应法制现代化进程。电子商务法、电子证据法、个人信息保护、“避风港”规则、红旗规则、实质性非侵权用途等适应于网络时代的法律原则和新判例不断出现。不过，也产生了不少因新技术与旧制度之间的矛盾，为了解决这些问题，包括我国在内的世界各国，都进入修改旧法和确立新法的高峰期，形成了在世界范围内更加趋同的互联网法律体系。现如今，因互联网的互联互通引发的全球融合一体化，直接导致工业 3.0 时代必将成为世界民事法律趋同和融合的新时代。例如，起源于美国《千禧年数字版权法》的避风港规则和红旗规则，现如今包括欧洲和中国在内的世界各国和地区都在适用；2015 年在我国召开的第二届世界互联网大会乌镇峰会中，习总书记提出的世界互联网治理体系变革的四个基本原则⁷，得到了世界各国的认可，并广泛适用在处理世界相关互联网问题上。

第四阶段——“互联网+”时代（工业 4.0 时代）。互联网作为工业 4.0 时代的主要标志，通过 3.0 时代的充分发展，新兴产业已经完成了资本初始积累和技术革新，随着移动客户端的普及，在大数据、云计算、云存储等比较成熟的技术支持下，互联网产业的性质正在发生变化。互联网已经不再是产业的“工具”，而逐渐转化成产业的主体与核心。如果说工业 3.0 时代的特点是“产业+互联网”的话，那么，工业 4.0 时代的特点就是“互联网+产业”。这是时代对民事生活产生的巨大影响，甚至是翻天覆地的改变，对待那些因“互联网+”、大数据、云计算、分享经济基因产生的工业 4.0 新问题，已经不能再套用旧有的民事立法思维和原则。

⁷ 即尊重主权原则、维护和平安全原则、促进合作开放原则和构建良好秩序原则。

立法本身是一门科学，要求立法者能够按照科学的要求，准确把握经济社会发展的规律、对未来的发展做出一定前瞻性的预见⁸。结合“互联网+”的产业和技术背景，新时期新技术、新产业和新理念对民事法律的影响主要包括四个方面：第一，大数据、云计算和虚拟人格对传统隐私权等人格权的影响。第二，“互联网+”与分享经济模式对网络平台责任和网络中立性的影响；第三，工业4.0产业革命对消费者和用户权益的影响；第四，网络经济和虚拟财产对财产权属的影响。以上四个方面的影响就是新时期在“互联网+”背景下对民法典编撰工作提出的挑战，能否以创新的理念产生创新的立法，就成为决定我国本次民法典编撰工作能否实现法治现代化的关键所在。

2. “互联网+”对传统人格权的挑战

人格权是随着现代私法，在工业3.0时代之前逐渐发展起来的概念，包括隐私权、名誉权、信用权等，人格权均以现实社会发展为适用基础。在“互联网+”时代，这种传统人格权保护理念受到大数据和互联网的挑战。

2.1 大数据对传统隐私权的挑战

隐私权作为绝对权一直是人格权的核心，在互联网免费时代隐私权逐渐被商事化，数据权逐渐初露端倪。大数据精准营销扩展了个人数据商业化使用范围。在大数据背景下，个人隐私权因用户接受免费服务、个性化服务以及特殊网络服务需求逐渐弱化，在一定程度上被“网民协议”的契约所限制，存在由绝对权向相对权转变的趋势。

网络精准营销又被称为“定向广告”⁹，是指网络公司通过对用户网络行为

8 王利明：《法治：良法与善治》[J]，北京：中国人民大学学报，2015（2）。

9 中国广告协会互动网络分会在2014年制定实施的《中国互联网定向广告用户信息保护行业框架标准》中对精准营销的定义为：“通过收集一段时间内特定计算机或移动设备在互联网上的相关行为信息，例如浏览网页、使用在线服务或应用等，预测用户的偏好或兴趣，再基于此种预测，通过互联网对特定计算机或移动设备投放广告的行为。”

的数据分析，推算出用户目前，或潜在的消费趋势，并以此作为投放广告类型依据做出的特殊网络广告。网络精准营销是根源于大数据技术支撑的现代网络商业经营模式，包括美国、欧洲在内的网络公司都在使用¹⁰。从实践上看，网络精准营销行为改变的仅是网络广告的内容，而非广告发送方式。网络经营者所搜集的数据，也仅在于对不可识别用户行为的分析，即 cookies 分析，并非针对涉及用户隐私的数据。不过，正是因为精准营销与用户之间在数据搜集和使用方面千丝万缕的联系，让诞生于工业 3.0 时代的隐私权与诞生于工业 4.0 时代的大数据营销出现了冲突。2015 年南京鼓楼区法院审理了“朱烨诉百度隐私侵权案”，一审和二审截然不同的判决，直接反映出我国司法对隐私权与大数据之间认识的矛盾¹¹。

现有的法律规定实际是将网络经营中大数据使用的商业行为与民事主体之间的隐私权剥离开，试图以重新解释的方式来解决传统隐私权与大数据的对立问题¹²。不仅我国如此，美国类似的判例也是将“是否具有可识别性”作为隐私权保护的界限。美国加州发生“KEVIN Low 诉 Linkedin Corporation”案说明，网络“不可识别”的信息不是法律保护范围，对这些信息的使用不属于侵害隐私性质¹³。美国法院认为，原告无法证明被告确实将包含原告个人浏览习惯的浏览记录和原告的个人识别信息联系起来，既然数据不能与特定人相联系，那么这些数据就属于“不可识别”的信息。因此，法院认为被告公司对数据的使用合法，不存在侵害原告隐私的行为。在该案二审中，法官认为被告公司所使用

10 美国联邦贸易委员会在 2009 年公布的《在线行为广告自我监管原则》对精准营销的定义则更为精确：为了给用户提供符合其利益的广告，而追踪用户线上活动的行为。

11 本案一审法院认为大数据精准广告侵害到了用户的隐私权，二审法院则认为精准广告基于大数据，不具有对用户“可识别”信息的侵害，故不构成隐私权侵权。

12 工信部《电信和互联网用户个人信息保护规定》第 4 条对保护“个人信息”范围的界定：“本规定所称用户个人信息，是指电信业务经营者和互联网信息服务提供者在提供服务的过程中收集的用户姓名、出生日期、身份证件号码、住址、电话号码、账号和密码等能够单独或者与其他信息结合，识别用户的信息以及用户使用服务的时间、地点等信息。”

13 该案中，用户声称被告公司将用户唯一识别码以及用户 IDs 与“cookies”或“beacons”相联系，使得用户的个人信息能够和用户大量的浏览记录形成对应关系，并且被告公司还将这种“有识别性的浏览记录”故意泄露给第三方，侵犯了原告的隐私权。

和搜集的数据不具备可识别性的信息，即使交给第三方使用对被搜集的原告产生不了任何影响或伤害，所以维持原判¹⁴。

在隐私侵权责任构成上，美国侵权法与我国大同小异，都将“损害”作为侵权责任构成必要要件。损害的构成需要满足以下条件：存在“具体和详细的”（concrete and particularized）、“事实上的损害”（injury-in-fact），并且这种损害是“实际的或迫近的”（actual or imminent）。基于同样的理由，美国法院在2012年苹果手机应用案中重申了法律所保护隐私的范围¹⁵。法院认为，原告用户不能证明被告的行为有严重违反社会规范的侵犯隐私权的行为，而且认定被告公司数据的采集和转让并没有对被告造成“实质性”的损害，从而驳回了原告用户的诉求。

同时，精准广告的发送与法律所保护的安宁权很相像，不过二者并非同一性质概念。前者是指广告内容与用户类别的对应关系，后者则是违法向用户直接发送广告的行为；前者表现方式大都为浏览页面广告的特殊化处理，用户不会被额外的广告所打扰，后者表现方式则大都为骚扰短信、骚扰电话、垃圾邮件等典型侵害用户安宁的行为；前者数据来源于大数据，即无法辨别个体身份信息的数据计算，后者数据来源则是赤裸裸的非法窃取、买卖和利用用户的身份信息¹⁶。

对于大数据与隐私权之间千丝万缕的关系，中外判例大都将大数据采集和使用豁免于传统隐私权之外，这样做的好处是避免了隐私权对新技术的羁绊。不过，现实中确实存在网络公司对用户数据野蛮攫取的情况，若仅以判例的方式豁免网络公司的隐私义务，则很可能会伤害到用户权益。这种基于大数据被采集者的新权益，非常类似于传统隐私权，但却以“不可识别”被理论和判例

14 朱巍．网络精准营销与隐私权保护分析[N]．人民法院报，2014-8-14 理论版。

15 苹果手机用户认为苹果公司非法许可在 i Devices 上运行的第三方应用，以商业目的在用户不知情的情况下，采集并使用其个人信息，侵犯其隐私权。法院查明，被告苹果公司采集的信息包括：地址、当前位置、用户的性别、年龄、邮政编码和时间、APP 特定信息等。参见朱巍．网络精准营销与隐私权保护分析[N]．人民法院报，2014-8-14。

16 朱巍．大数据背景下的精准营销与隐私保护[N]．法治周末，2014-8-13。

排斥在隐私权之外。从今后的发展趋势来看,随着网络技术和高科技的进一步发展,个人信息和隐私之间的关联性也将进一步加深¹⁷。因此,未来民法典应该将大数据背景下的用户数据权作为一种独立的人格权对待,确定数据权的内涵和外延,借此来平衡技术发展与人格权保护的微妙关系。

2.2 被遗忘权应被确立

2014年欧盟法院以判例的方式确立“被遗忘权”,要求搜索引擎网络服务提供者应按照公民意愿,对一些历史网页中使人尴尬的图片和内容履行删除义务。从学理上讲,被遗忘权根源于隐私权,属于公民人格自由下的数据自由权利。从性质上讲,网络被遗忘权属于网民的私权利,能否对抗新闻自由或公共利益宪法上的抗辩还需分情况看待。从被遗忘权类型上进行分析,欧盟法院对被遗忘权的构成提出了三个要件:不必要、不相关和已过时¹⁸。虽然欧盟法院对被遗忘权的判断是基于网络搜索引擎的,不过,对于一般网络服务提供者仍有重要参考价值,至少说明欧盟法院对待个人数据保护的态度问题¹⁹。

从欧盟法院的判例可以分析出,被遗忘权的性质应属于人格权性质,是一种发展中的人格权。一般人格权作为被遗忘权的一般性基础源于人格自由,人格自由包括人对自己信息的控制权和处分权,其与自我决定权相结合之后,人格自由不仅是一种基础性权利,而且可以上升为实体权能的实质性权利。隐私权作为具体人格权在一些国家也具有一般人格权的性质,旨在强调私权利与公权力的分离,避免公民安宁权被包括公众和政府在内的其他权利所打扰。人格权的确立并非不需要一定的法律基础,被遗忘权的确立基础有两个,一是大陆法国家人格自由的一般人格权基础和自我决定权基础;二是具体人格权中的隐私权基础。

17 王利明.论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心[J].现代法学,2013(7)。

18 参见李汶龙:《被遗忘权的国际发展与本土化思考》[EB\OL], <http://www.tisi.org/Article/lists/id/4016.html>.

19 朱巍.大数据时代被遗忘的被遗忘权[N].法治周末,2014-6-3.

被遗忘权具有明显的私权性质，本质在于避免权利人因历史遗留的污点造成不必要的传播影响，这既符合人格自由和公民对自己信息的自我决定权，也符合隐私权与公众知情权对抗的基本理念。不过，被遗忘权似乎不能成为隐私权的下位概念，因为，在侵权法领域中，隐私侵权的抗辩事由是公共利益或公众知情权。一旦公民个人的信息因公众关注或公共利益成为已被公开的事实，那么，隐私权就会在公众知情权面前显得无力对抗。正是这个原因，美国人对欧盟法院被遗忘权的判决多半嗤之以鼻，他们认为被遗忘权的确立必将导致公众知情权的弱小，这不符合言论自由和舆论监督²⁰。

除此以外，网络法律适用的特殊性在于更多考虑技术中立性。技术发展是中立的，只有在确保技术中立原则的基础上，才有可能在网络技术时代保障更长远和更多人的利益。网络时代中技术中立性的基础在于，将网络服务提供者看待成中立于所有利益集团的服务者，任何过分的严格责任都将会导致中立性被破坏，必然会导致社会公共利益被侵害。被遗忘权的确立必然导致本无过错的网络服务提供者（谷歌公司）承担更多的责任，这不仅违反了技术中立原则，而且可能侵害到更多人的表达自由和公众知情权。因此，欧盟法院对被遗忘权的判决确实值得商榷。虽然如此，被遗忘权的确立仍对人格权保护领域具有很重要的意义，尤其是在网络时代和大数据背景下，被遗忘权应该成为网络用户的一项基本权利。不论如何，欧盟法院将被遗忘权引入司法确实是一项创举，反映出网络时代司法在私权利保护与公共利益之间，以及技术发展与人权保护之间的利益平衡问题。这起判决，欧盟法院所要保障的是公民对个人信息拥有自我控制权。如果抛开这项判决可能对网络技术中立和表达权带来的危害，仅从网络服务提供者与网络用户之间关系考虑，就会发现被遗忘权实际非常重要，应属于网络时代用户的基本权利。

2.3 虚拟人格独立化趋势明显

虚拟人格是针对现实人格而言的，是一种网络现实存在。虚拟人格至今仍

20 朱巍，被遗忘权是大数据时代用户的核心权利[N]. 中国社会科学报，2014-12-3。

是一个理论上的观念，现实法律和司法并未对此有更多涉及。通过对我国近 10 年的网络侵权案件回顾，尽管网络侵权案件的“受害人”大都以虚拟人格形式出现，但所有侵权责任构成认定和责任主体形式都是通过对现实人格做出的。我国司法实践中仅存在一起一审判例，判决侵权人向虚拟人道歉，但这个判例旋即被二审法院纠正。二审法院改判的依据在于虚拟人没有具体人格，无法承担“道歉”结果²¹。

从互联网发展趋势看，虚拟人格有非常明显的“独立”趋势。一方面，虚拟人格影响大都存在或局限于网络，实践中的侵权责任却生硬地将虚拟与现实分开，这不利于被侵权者的诉求。另一方面，虚拟人格具有“独立”的虚拟财产、虚拟信用和虚拟社交范围，这些情形都是与现实分离的，同时也保障了虚拟责任的履行问题，因此，虚拟民事责任应该得到法律的明确认可。

从我国互联网治理实践角度看，虚拟人格独立存在两难境地。若承认虚拟人格独立于现实人格，必将导致网络法律责任也一分为二，变成线上责任和线下责任两部分。单纯线上责任的承担与线下现实责任的分离，会让一部分网络侵权和网络违规行为得不到有力制裁，确实有减轻违法成本之嫌。然而，互联网纠纷日益增多，如果不承认虚拟人格和线上责任，就相当于把线上每年数以亿计的网络矛盾纠纷转嫁至线下的现实法院，这很可能让网络维权成本增加，浪费巨大司法资源。

目前，我国目前对虚拟民事责任做出尝试的典型就是新浪微博社区。该社区通过“社区公约”的民事契约，通过虚拟裁判的方式，以减损虚拟信用、禁言、封号等形式做到了“线上问题，线上解决”，这种以“自律公约”的形式可以在互联网内部“消化掉”大多数纠纷，更为快捷、有效地维护当事人合法权益，减少司法诉讼成本的浪费，达到利国利民的息诉和谐目的²²。据资料显示，新浪微博社区每年处理线上纠纷超过十万起。目前，该社区已经设立线上“二

21 参见《全国首例网络游戏纠纷引发名誉权诉讼案宣判》[EB\OL]<http://news.163.com/05/0303/01/1DSQH7560001124T.html>.

22 朱巍. 互联网自律的一个里程碑[N]. 光明日报, 2012-5-3.

审机制”来确保线上裁决的准确性。毫无疑问，这种网络侵权纠纷处理方式是适应互联网发展的，将线上的问题交给线上解决，这可能将成为虚拟人格独立承担民事责任的伟大尝试。因此，从减少网络侵权维权成本和避免侵权损害扩大的角度看，虚拟人格独立性与网络法治化是一体的。未来的《民法典》若能确立虚拟人格一定的独立性，势必会大量减少现实司法资源浪费，加快网络环境治理进程。

3. “互联网+”与消费者权利

3.1 “互联网+”或颠覆传统消费者地位

在“互联网+”以前的时代，生产市场与消费市场是相分离的，先有生产，后有消费。“互联网+”的时代则是相反的，工厂生产目的来源于消费者的直接个性化需求。特别是3D打印技术发展后，这种情况将变得越来越普及。以往的供方市场模式将被需方市场所改变，消费者将成为市场主体，批量大规模生产的现象将不复存在。同样，实体店也将被网络销售平台所取代，在未来，所谓的“商场”将仅作为产品实物展示的平台和售后服务场所。

所以，“互联网+”下的消费者不仅作为商品的购买者，而且成为产品的设计者、提供信息者，甚至还可能成为产品的“协助”生产者。消费者性质的改变，必将影响产品质量法、侵权责任法、消费者权益保护法中对商家的责任和消费者权益保护范围。从法学理论上讲，一旦“互联网+”产业模式将消费者变为产品生产的“合作方”，那么消费者权益保护范围就必须予以调整，商家“三包责任”、“无理由退货”、产品风险等责任范围就不宜“一刀切”，应根据具体案情由法院裁判。未来的消费者权益保护发展趋势，将模糊消费者的主体界限，进一步强化平台责任，更加强调个性化服务，弱化大规模产品侵权责任赔偿范围。

特别是在“互联网+”的分享经济模式中，商品和服务的生产者或提供者本

身就具有消费者属性²³。例如，网络平台的房屋短租服务、网约车服务等，提供商品和服务方并非是商事主体，而是利用互联网平台的普通用户，互联网平台则属于信息提供服务者。若发生消费纠纷，不具有直接商业利益的网络平台和非商事主体的服务提供者，能否按照传统《消费者权益保护法》的规定分担责任就是一个难题。说到底，将分享经济中的社会闲置资源“分享”的行为，是看作商业行为或是民事行为就成为这个问题的关键所在。如果看成是商业行为，那么商品或服务提供者不具有商事主体资格，平台也没有直接获利（抽成模式除外），要其承担产品责任或三包责任的前提，就必须事先要求主体经过资质审核，这与分享经济模式和市场自由准入原则是冲突的；若将此看作是民事行为，则消费者就无法得到《消费者权益保护法》的有效保障，同时，商事主体的民事化也会成为政府监管市场的难题。因此，如何看待“互联网+”与分享经济新业态背景下的消费者性质转变就成为未来民法典应该考虑的大问题。

3.2 被遗忘权或重构消费者数据权利

大数据背景下，用户数据来源极其广泛，不仅包括基本的注册资料、身份信息，而且包括网络行为信息，例如，用户上网浏览过的页面、看过的视频、使用软件的种类和频率、网络交易记录、搜索关键词、网络购物品种、所在位置信息，甚至包括输入法习惯和字符频率等都成为大数据分析的对象。正是因为用户在网络上的数据具有强烈的商业价值，网络公司千方百计地吸引更多的用户，保存更详细的数据记录。大数据的采集和使用并非违反法律的行为，符合《关于加强网络个人信息保护的决定》规定的“合法性、正当性和必要性”原则的信息收集、利用行为都是没有问题的。不过，按照《关于加强网络个人信息保护的决定》，以及《合同法》和《消费者权益保护法》相关规定，网络公司的数据搜集行为应得到用户的事先授权。实践中，这种授权一般是通过“网民协议”达到的。换句话说，只有选择使用某种软件或服务的用户数据，才是

23 参见《中国分享经济发展报告 2016》[EB\OL]，载于中国电子商务中心网 <http://b2b.netsun.com/detail--6315040.html>。

网络公司合法采集范围²⁴。

正是因为大数据时代中网络公司对数据的盈利模式，以及隐蔽的网络技术，导致用户与网站之间信息的严重不对称，技术优势本身使得网络服务提供者应具备的技术中立性被自己破坏。如果法律不倾向性保护相对弱势的用户权益，那必将使得大数据时代成为数据掠夺时代。被遗忘权应该在未来立法中被重视，用作约束网络公司非法掠夺用户数据的有效武器，主要体现在三个方面：第一，网站应明示数据搜集的范围、用途和期限。第二，用户拥有对自身数据的控制权，被遗忘权就是要求网络商在用户不再使用软件或服务时，应主动将用户之前注册信息、身份信息和其他相关数据予以删除。第三，监管部门应对网络应用上市前做出一定的技术监控，避免恶意软件、恶意插件违法偷取用户数据。

4. “互联网+”对财产权的影响

“互联网+”最大限度地“线上和线下”产业结合在一起，通过网络平台形成不同于传统财产权的新法律关系。诞生于工业 3.0 时代的虚拟财产的性质将在工业 4.0 时代发生重大变化，必将成为区别于传统财产权利的新权属。从我国现有判例看，司法对虚拟财产的理解范围仍局限于网络游戏等服务类方面，没有突破传统“物权法定”对虚拟财产的限制。“互联网+”背景下的虚拟财产，更具有与现实社会相分离的独立性，也不局限于网络游戏等服务类财产。

4.1 虚拟财产将形成新的财产权

一般认为，虚拟财产是相对于现实财产的概念，指的是存在于网络之中的、对用户有使用价值之物，比如，网络游戏内的装备、网络服务中客户购买和使用的各种道具等。对虚拟财产性质的认定，在学界和实践中都尚存在较大争议，有学者认为虚拟财产是一种物，应该属于《物权法》管辖范畴，属于一种特殊的物，还有学者认为虚拟财产性质是债权的一种，应该属于《合同法》调整范

24 朱巍. 被遗忘权是大数据时代用户的核心权利[N]. 中国社会科学报, 2014-12-3。

围，具有明显的“服务合同”和“保管合同”的属性²⁵。特殊的网络账号，特别是网店、自媒体、公号等账号，本身不是单一的财产属性，是集合财产权、信用权、商誉以及知识产权为一身的综合类财产权。这种虚拟财产的抵押、担保、继承、分割和处分，都是单一物权法或合同法所不能涵盖的²⁶。

从财产权归属角度看，传统民事法律思维下的所有权主体越来越弱化，网络虚拟人格作为一种拟制人格，在虚拟财产所有权问题上，逐渐倾向于独立，既独立于现实财产，也独立于现实人格。虚拟财产的独立性体现在财产权存续不以现实人格存续为基础，财产价值评估局限于互联网财产之中，与现实财产法并无直接关联。例如，虚拟货币在网络世界中具有等价交换价值，其所有者和受益人并非现实主体，而是网络虚拟者。特别是随着网络开放平台的扩大延伸，虚拟货币存在跨平台使用趋势，这些等价交换货币在网上具有巨大价值，这种价值的产生并非是可以进入现实流通需要，更多的是满足虚拟社区的“生活”所需。我国司法实践中，已经发生不少涉及虚拟财产分割的判例。当事人追求的不是现实利益分配问题，而在于虚拟社区利益分配。但这种诉求往往因现实民事法律缺乏必要制度而被忽视，大部分判决结果都无法达到双方当事人的意愿。

在“互联网+”的背景下，虚拟财产将被重新定义，甚至已经形成了新的“险种”²⁷，即网民虚拟财产遭受损失后，按照“用户协议”由网站先行赔付网民，然后保险公司再向网站赔付的一种保险形式。虚拟财产的难点不在于法律层次，而更在于道德层次。虚拟财产的特点决定了财产价值的不确定性和责任的不确定性。对于虚拟财产价值的判断上，保险公司、网站和网民在认识上会存在偏差。又因为虚拟财产的价值具有网络性，属于“数字财产”，在实际赔付过程中由保险公司最后买单的情况，可能会造成网络公司因收到额外的利益，从而去放纵这种损害的发生。比如，网民在游戏中的装备被盗，据评估价值为人民币

25 林旭霞. 虚拟财产之法律意义[J]. 福建法学, 2007 (2)

26 朱巍. 探讨互联网+与民法典修订[N]. 法制日报, 2015-5-20.

27 朱巍. 虚拟财产可以保险么[N]. 北京日报, 2012-9-5.

5000元，按照网民的要求网络公司承担了所谓的“责任”——恢复了数据。然后，保险公司依据保险合同向网站赔付5000元，这样一来，网站在没有实际损失的情况下“白赚了”5000块钱，这无疑是因保险合同额外收益的典型情况。尽管虚拟财产的保险在今天看来似乎仍然是困难重重。不过，以此为代表的虚拟财产的独立性却应该引起立法者的足够重视。

4.2 网络财产继承权的特殊性

我国《继承法》第3条关于继承财产的范围没有考虑到虚拟财产伦理性的问题，这就给“互联网+”背景下的司法实践带来很大问题。虚拟人格与虚拟财产本身的伦理性是限制法定继承的重要因素，我国继承法立法于几十年前，立法忽视了虚拟财产的性质问题，也没有对虚拟人格的伦理性有过考虑，更没有涉及互联网技术伦理的注意²⁸。

虚拟财产继承问题的伦理性基础在于两个方面：一是对死者的尊重和隐私利益保护；二是保护网络资源的共享与持久。前者是人格权伦理方面，后者则是互联网技术伦理方面。对于技术伦理，2003年联合国教科文组织通过了《关于保护数字遗产的宪章》，该文件明确“对于具备一定审美价值和思想价值的网络内容，在法律法规允许的条件下，不许任何人或者机构进行删除和破坏”。这里的“任何人”就包含了继承者。例如，继承者删除死者虚拟财产中的共享文件、视频等资料，这都属于对网络技术伦理的破坏。

雅虎公司的发言人胡力曾明确表明了对虚拟财产继承的观点：“我们对在雅虎注册的每位用户做出承诺，他们在雅虎网上的活动将被保密，即便在他们去世后也是如此。”²⁹雅虎公司的这番表态至少说明了两个问题：一是用户的网络行为具有相对私密性；二是网络公司对用户网络私密性的保护责任，将延伸到自然人死亡之后。

以虚拟账号为代表的虚拟财产在网络空间的行为，既是现实社会行为的延

28 朱巍. 继承法大挑战：网络账号和虚拟财产到底能不能继承[N]. 澎湃，“法治中国”，2016-2-2.

29 戴昱. 论数字遗产继承的相关法律问题[J]. 法律适用，2012（5）.

伸，同时也产生着虚拟空间行为的效果。从价值性质上看，账号价值既有明确的现实财产属性，例如高级别的淘宝账号，也有很高的虚拟财产价值，例如虚拟货币和相关装备。从伦理角度看，账号行为既存在与现实社会的交集，也存在仅限于网络社会的行为，往往后者才是虚拟财产与虚拟人格的立足点。因此，虚拟财产的伦理性必须结合现实社会与虚拟社会两方面因素加以考虑。

在人工智能尚未转化成现实应用的情况下，不论是虚拟人格或是虚拟财产的归属权，都属于现实人格所有，所以虚拟财产是现实财产的延伸，虚拟人格也是现实人格在网络上的延伸。我国法律并未承认虚拟人格的独立性，更多的是将虚拟人格作为一种网络人格利益加以保护，虚拟财产也是一种财产利益性质。不过，在“互联网+”发展中，虚拟人格的独立性有着越来越强的趋势，虚拟社区下的人格社会性与人格独立性都有着与现实分离的特征。在此基础上的虚拟财产，也具有明显的独立性色彩。

正是因为虚拟人格和虚拟财产与现实的相对独立性，在继承方面法律与伦理冲突就不断发生。世界上最著名的虚拟财产案件就是一起典型的伦理与法律相冲突的案件。2004年一位美国海军陆战队队员 Justin 在伊拉克执行任务时死亡，其父希望得到儿子在雅虎邮箱中保存的照片、文字以及其他数据资料以作缅怀，遂向雅虎公司索要儿子邮箱的账号密码。但雅虎公司却以保护用户的隐私权为由拒绝了这一要求，该父为此将雅虎告上了法院。本案法官意识到这并非是一个单纯的法律问题，而是一个伦理问题。如果将账号密码判给继承者，那么就可能出现违反死者生前意愿的情况，雅虎的账号不仅涉及死者与继承者之间的关系，还很可能涉及其他网络社交与死者不希望生者看到的内容。但如果法院拒绝判决虚拟账号的继承，则可能违反继承法的相关规定。本案法官最终采取了一个折中方案，即判决雅虎公司将相关的数据资料刻录在一张光碟上交给了父亲，但账号、密码仍不予交付。

该案对我国继承法修法的启示有三点：①首先要尊重用户个人意愿；②如果用户并未表示如何继承，则适用将虚拟社区与现实社会分离的原则，继承者可以继承到账号中的现实价值部分，以及与继承者相关的部分；③虚拟财产的继承中应明确伦理性优先的基本原则。

5. “互联网+”对网络平台责任的挑战

5.1 “互联网+”技术中立性抗辩将被严格限制

互联网企业提供的网络平台在为交易和社交等提供了全新、便捷的服务，也会给行为人实施违法行为提供新的机会³⁰。

技术本身具有中立性，在法律上的抗辩最早被确立在1984年美国最高法院的索尼案判决中。“实质性非侵权用途”作为日后美国各级法院反复适用的判断技术发展是与非的标准，也重新构建了现代版权法“间接侵权”的认定标准问题³¹。互联网的中立性表现在技术中立、伦理中立和责任分担等几个方面。目前，各国法律对互联网中立性的规定主要集中在“避风港规则”之上。其实，互联网中立作为基本原则，不仅强调的是网络服务提供者责任的豁免问题，还在于违反中立性的责任方面。

以避风港规则为例，网站作为ISP承担责任的前提是得到权利人的有效通知，并怠于采取必要措施。在“互联网+”背景下，网站从ICP角色越来越转化成ISP角色，中立性对网站法律义务承担是一种特殊的“减震器”，保障和鼓励着“互联网+”产业的发展。不过，以P2P技术为代表的分享平台的中立性，可能要受到越来越多的约束，这种约束既来自法律底限性规定，也来自传播伦理方面的约束。2016年年初发生的“快播案”，反映出我国司法对网络中立性的边界、司法对技术中立性的态度，必须引起《民法典》修法者的足够重视。不论是私法，还是公法，在技术中立性标准认定上应该是统一的。

从网络技术中立性在快播案中的作用分析，不难发现该案焦点并不在于P2P技术和缓存技术的适用合法性问题，而在于网络服务提供者是否存在法律构成上的“间接故意”，即是否对产品传播淫秽信息具有知情和放任的态度，换句话

30 杨立新. 网络平台提供者的附条件不真正连带责任与部分连带责任[J]. 西北政法大学学报, 2015 (1).

31 吴汉东. 试论“实质性相似+接触”的侵权认定规则[J]. 法学, 2015 (8).

说，就是网络服务提供者是否滥用了技术中立性原则。P2P 技术的出现，基本打乱了网络传播的基本规律。基于该技术，网络受众本身就变成传播者，传播者也基于技术资源的共享，变为受众和再次传播者。这一技术从问世以来就受到包括版权人在内的很多非议。直至美国出现 Napster 案之后，美国法院将 Napster 与索尼案进行了明确区分，法院认为 Napster 实际提供的是一种服务，而非产品本身，这与索尼案中索尼公司仅提供摄像机产品性质截然不同。法院这样判断的根源在于划清“可控性”对于网络服务提供者的界限问题。Napster 案中，网络服务提供者对于服务内容是有“持续性控制”的，所以应该为侵权行为负责³²。

肇始于工业 3.0 时代的技术中立性抗辩一直被作为网络侵权的基本原则，即便是 Napster 案也被视为是一种极端的例外，包括美国在内，在该案之后就很少再次否认技术中立性原则。不过在工业 4.0 时代，技术中立性因分享经济模式和“互联网+”产业的普及，逐渐被社会责任和用户权益保护所侵蚀。特别是网络技术的发展，网络公司强大的技术能力与相对弱势的用户和政府监管之间，产生了巨大的认知鸿沟。特别是当“互联网+”成为市场主体后，技术中立性可能会被更广泛地滥用，因此应被重新定位。一方面，网站角色从技术提供者的工具性逐渐变为行业主体，存在广泛的纵向商业竞争因素，这就需要强调中立性的商业伦理责任。另一方面，“互联网+”产业作为新型产业，网络公司不仅要承担技术上的中立性，而且还需要遵守行业内的法律法规，法律实践对网站中立性的考察不能仅限于侵权法，更应从特殊行业规则考虑。对此，立法者要有两方面的警惕：一是要警惕过分严格的技术中立性标准，可能会阉割技术发展速度；二是过于宽松的技术性标准，则可能让现实的底线性规定变成一纸空文。

5.2 传统网络平台责任在分享经济中的异化

传统观点认为，网络交易平台提供者的地位，当然就是为销售者、服务者与消费者之间进行网络交易提供平台支持的网络企业法人，即具有一定特殊性

32 梅臻. 美国 Napster 案评析——兼论我国著作权法中的合理使用制度[J]. 法学, 2001 (5) .

的民事主体³³。不过，在“互联网+”产业的模式中，更多的是将网络服务提供者作为产业主体，来“链接”服务者和用户，具体链接的渠道就是信息交互。因此，在“互联网+”产业的模式中，责任承担主体就发生了变化。特别是在分享经济模式中，以网络平台为核心的“互联网+”产业模式颠覆了传统网络平台经营模式。分享经济平台的最大特点在于，利用互联网完成了“点对点”的社会资源配置方式，提供产品或服务的人与接受者都是普通用户，而非商业主体³⁴。

以代驾公司为例，传统代驾公司与司机之间是有雇用合同的，如果在代驾时出现了事故，按照侵权法替代责任承担规定，是代驾公司向被侵权人承担侵权责任。然而，在“互联网+”代驾中，网络公司与司机之间是基于信息交互的合作关系，网络公司仅提供代驾信息，并不是代驾司机的雇主。因此，如果出现事故，网络代驾公司就不会按照替代责任形式承担侵权责任。这种情况在“互联网+”产业模式中将越来越多地出现，包括网络代驾、网络拼车、网络专车、网络家政、网络教育、网络餐饮等情况尤为明显，互联网公司多以“非雇用者”身份出现，这就对传统侵权法上的替代责任提出了新的挑战。传统民法上的“雇用者责任”，在越来越多的分享经济平台责任中被否认，取而代之的是“商业保险+补充责任”的新形态。从比较法上看，近年来美国对 Uber（互联网专车）的系列判决，对“互联网+”产生的新型服务行业责任承担问题，几乎都通过增加“强制商业保险”来解决。商业保险对民事责任的介入，会使得无过错责任形式越来越多地涉及民事领域，契约责任则退化成为一种“补充责任”。

新《民法典》的适用期间，正是我国分享经济的崛起之时，据《中国分享经济发展报告 2016》提供的数据，未来五年中国分享经济模式每年会以 40% 的速度递增，在 2020 年将占到整个 GDP 的 10% 以上。在此期间，分享经济平台责任将成为网络平台责任的主要形式。因此，如何处理网络平台的连带责任、补充责任、替代责任和保险责任，就成为新《民法典》的重要任务之一。从分

33 杨立新：《网络交易平台提供者民法地位之展开[J]》，《山东大学学报》，2016（1）。

34 参见《中国分享经济发展报告 2016》[EB\OL]，载于中国电子商务中心网 <http://b2b.netsun.com/detail--6315040.html>。

享经济与工业 4.0 产业发展趋势看，未来民法典应在以下三个方面特别注意。

第一，未来的契约法将是整个民法体系的核心，也将会支撑起整个新科技发展所带来的“法律空白”。一个社会，越是重视契约法，弱化强制法，则越促进新产业的发展，越体现出社会对新事物的宽容程度。反之，越注重强制法，弱化契约自由精神，则越偏向保守，不利于新产业的发展。从社会保障角度看，新技术引起整个社会的震荡，应将交由“保险”解决。

第二，平台责任应适应分享经济为代表的工业 4.0 产业模式。传统平台责任中的经营者概念在分享经济模式中存在异化趋势，提供服务者和接受服务者的民事主体身份，以及网络服务提供者的信息服务性质，都不同于传统电子商务和交易平台，也不同于传统雇用者责任和保险责任。

第三，工业 4.0 时代将存在更多的网络非交易平台责任。在诸多网络媒介平台上进行的推广、排名等服务中，实际上都具有广告的性质，网络非交易平台具有媒体性质，且具有广告发布者的身份³⁵。因此，未来民法典应加强与广告法之间的协调，综合判断非交易平台在交易至损中的过错问题。

35 杨立新，利用网络非交易平台进行交易活动的损害赔偿责任[J]，江汉论坛，2016（1）。

09 网络安全审查立法若干问题的思考

许长帅

中国信息通信研究院 工程师

习近平总书记高度重视网络安全，在中央网络安全和信息化领导小组第一次会议上指出“没有网络安全就没有国家安全”。构建科学和完善的网络安全管理法律制度体系，是做好网络安全工作的基础之一。近年来，不少学者、企业、研究机构和政府部门呼吁建立中国自己的网络安全审查制度。网络安全审查是网络安全管理制度中的一环。根据十八届四中全会关于全面推进依法治国的精神，建立网络安全审查制度需要立法。本文对网络安全审查立法的有关问题进行了研究，提出了一些观点和判断，希望对网络安全审查立法有所助益。

1. 开展网络安全审查立法的依据

2015年7月1日公布施行的《国家安全法》第59条规定：“国家建立国家安全审查和监管的制度和机制，对影响或者可能影响国家安全的外商投资、特定物项和关键技术、网络信息技术产品和服务、涉及国家安全事项的建设项目，以及其他重大事项和活动，进行国家安全审查，有效预防和化解国家安全风险。”第60条规定：“中央国家机关各部门依照法律、行政法规行使国家安全审查职责，依法做出国家安全审查决定或者提出安全审查意见并监督执行。”

依据《国家安全法》第 59 条和第 60 条的规定，是否可以开展网络安全审查？答案应该是否定的。《国家安全法》第 59 条仅表明国家建立安全审查制度的愿景，并未规定安全审查的方式、效力、环节、程序等开展安全审查所必需的制度安排。第 60 条进一步明确有关部门须依据法律、行政法规开展安全审查。据此，除对外资并购可以开展安全审查外¹，网络信息技术产品和服务等领域因未制定安全审查的法律、行政法规还不能开展安全审查。也就是说，落实《国家安全法》要求开展网络安全审查，必须进行专门立法。《国家安全法》第 60 条是开展网络安全审查立法的依据。

全国人大常委会正在审议的《网络安全法（草案）》中，也对网络安全审查制度进行了规定：“关键信息基础设施运营者采购网络产品和服务，可能影响国家安全的，应当通过国家网信部门会同国务院有关部门组织的安全审查，具体办法由国务院规定（第 30 条）。”《网络安全法（草案）》仅规定了网络安全审查的实施部门和审查对象，同时授权国务院制定具体的审查办法。根据该条规定，未来我国网络安全审查制度的建立，需要国务院出台专门的行政法规。

2. 网络安全审查概念的演变

2.1 概念的提出

2012 年 10 月 8 日，美国众议院常设专责情报委员会发表了一篇针对中国华为、中兴的调查报告初稿，建议警惕中国通信设备，建议私营主体考虑华为、中兴设备的安全风险，要求美国政府阻止华为、中兴在美国的并购案。该事件对相关企业产生了较大的负面影响，也在国内引起了广泛关注和讨论。不少学者、企业、研究机构和政府部门建议借鉴美国政府在维护网络安全方面的做法，在中国建立相应的“信息安全审查制度”。

¹ 2011 年 2 月 3 日，国务院办公厅印发了《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》（国办发〔2011〕6 号）。严格而言，通过国办文件建立外资并购领域的安全审查制度，与《国家安全法》的要求不尽相同。

2012年10月25日,《中国新闻周刊》题为“网络安全:贸易战的技术解读”的文章称,网络安全专家、中国工程院院士在接受《中国新闻周刊》专访时建议“中国应尽快成立国家信息安全审查委员会”。2013年3月,全国人大代表、浪潮集团董事长孙丕恕在当年两会上提出了《建立信息安全审查制度》的建议。2013年9月29日,工业和信息化部印发《信息化发展规划》(工信部规〔2013〕362号),提出“建立信息安全审查制度”。2013年12月23日,国务院新闻办公室就全面深化改革加快推进新型工业化工作情况举行发布会,工业和信息化部部长在会上表示目前网络安全形势日趋严峻,工信部将加快完善信息安全审查制度框架。

2.2 概念的演变

2014年2月27日,中央网络安全和信息化小组宣告成立(以下简称“中央网信办”)。2014年5月22日,国家互联网信息办公室宣布为维护国家网络安全、保障中国用户合法权益,中国即将推出网络安全审查制度²。相关负责人介绍说,网络安全审查是对关系国家安全和社会稳定的信息系统中使用的信息技术产品与服务进行测试评估、检测分析、持续监督的过程。中央网信办(国家互联网信息办公室)成立后,推进建立网络安全审查制度的职责也由工业和信息化部转移过来。2014年12月30日,中央网信办发布《关于加强党政部门云计算服务网络安全管理的意见》(中网办发〔2014〕14号),指出中央网信办会同有关部门建立云计算服务安全审查机制,对为党政部门提供云计算服务的服务商,参照有关网络安全国家标准,组织第三方机构进行网络安全审查,重点审查云计算服务的安全性、可控性。2015年7月,全国人大网全文登载的《网络安全法(草案)》第30条规定了网络安全审查制度。2015年12月17日,国务院办公厅印发的《国家标准化体系建设发展规划(2016—2020年)》(国办发〔2015〕89号)提出“建立国家网络安全审查技术标准体系并试点应用”。2016年3月

² 国家互联网信息办公室成立于2011年,不新设机构,在国务院新闻办公室加挂牌子。中央网信办成立后,国家互联网信息办公室改在中央网信办加挂牌子,根据国务院的授权负责全国互联网信息内容管理工作。同时,工信部的原信息化推进司、信息安全协调司也并入中央网信办,分别改名为信息化推进局和网络安全协调局。

17日，授权发布的“十三五”规划纲要提出“建立网络安全审查制度和标准体系、集中力量突破信息管理、信息保护、安全审查和基础支撑关键技术，提高自主保障能力”。

“网络安全审查”最初被称为“信息安全审查”，被作为应对美国众议院审查华为、中兴事件的对等制度而被提出。随着中央网络安全和信息化领导小组的成立和该制度主要推动部门的变化，信息安全审查也演变成了网络安全审查。建立网络安全审查制度，已被写入多个国家文件。加快出台专门立法建立网络安全审查制度，是今后落实这些文件的要求。

3. 网络安全审查概念的内涵

3.1 概念的来源

开展网络安全审查专门立法，需要准确界定“网络安全审查”的内涵。界定网络安全审查的内涵，需要研究清楚该概念的来源，是引进的外国概念，还是中国的本土概念。从呼吁建立中国自己的网络安全审查制度的各种声音来看，似乎均认为建立网络安全审查制度是仿照美国的做法。那么，美国是否有网络安全审查制度呢？

不少观点将美国众议院审查华为、中兴事件看作是美国网络（信息）安全审查制度的具体应用，美国网络安全审查制度的法律依据是《外国投资与国家安全法》。实际上，美国众议院常设专情报委员会发布的报告，并不具有法律上的强制执行效力，对美国政府不具有约束力，其报告本身也是使用了“建议”的措辞。《外国投资与国家安全法》主要规定了美国外资并购安全审查制度³，

3 2011年2月3日，我国通过《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》（国办发〔2011〕6号），建立了外资并购安全审查制度。需要注意的是，美国并没有像中国的三资企业法那样建立针对所有外国投资的准入审批制度。在我国，外商投资建立企业，需要由商务主管部门核发《外商投资企业批准证书》。就制度架构而言，我国目前还没有通过立法具体规定外资投资安全审查制度，未来实践和立法可否将安全审查功能通过《外商投资企业批准证书》核发制度实现，也许是一个值得研究的路径，或者至少应合理区分一般性外资投资准入审批与安全审查的功能定位，避免重复审批或审查。

由外国投资委员会（CFIUS）负责对可能造成外资控股的交易进行审查⁴，以确定交易是否会影响到美国的国家安全。外国投资委员会的审查情况必须向国会进行报告，并于每年7月31日前向国会提交前12个月的审查工作情况报告。国会可以参与外国投资委员会的审查，发表意见和观点，但不具有法定的强制力⁵。可见，美国众议院针对中国华为、中兴进行的调查，并非是执行《外国投资与国家安全法》，也并非是开展外资并购安全审查。我国已于2011年2月3日，根据国务院办公厅印发的《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》（国办发〔2011〕6号），建立了相应的外资并购安全审查制度。显然，美国《外国投资与国家安全法》未规定网络安全审查制度。

美国是否通过其他法律建立了网络安全审查制度？根据梳理和研究，未发现美国有关法律建立了网络安全审查制度，但美国有一些法律对设备的生产、采购和服务的提供等规定了有关网络安全管理要求。如美国《2000年政府信息安全改革法》规定了严格的核准采购制度，要求联邦政府部门在采购信息技术产品（应用系统）之前，应当制定详细的《信息安全保密计划》，对信息技术设备进行风险评估，经美国联邦预算管理办公室审核批准之后，才能实施相关采购计划。2001年，美国国家安全电信和信息系统安全委员会宣布，自2002年7月起，在国家安全系统中强制使用通过美国国家信息安全保障合作组织认证的IT产品。2011年，美国联邦预算管理办公室发布了联邦政府使用云计算风险授权管理政策，要求为联邦政府提供云计算的企业必须通过联邦政府认定的第三方评估机构的安全评估，美国标准制定机构为此出台了6个安全标准和指南。美国《1962年贸易拓展法》规定，美国商务部可以自行或根据其他部门或相关利益方的申请发起本法第232条的调查，评估相关进口产品是否对美国国家安全造成破坏或破坏威胁。《美国通信法》第214条有关申请新建通信线路许可的

4 CFIUS 成员包括财政部（主管部门）、司法部、国土安全部、商务部、国防部、国务院、能源部、劳动部、国家情报局。总统可以指定其他部门参与具体的审查案件。外国投资委员会办公室设在财政部，日常工作由财政部负责。

5 外国投资委员会可以不听取国会的意见。2006年，外国投资委员会通过了对“迪拜环球港务集团收购英国 P&O 港务公司”的审查，但国会极力反对，以修改法律为威胁要求撤销并购，但外国投资委员会仍然坚持了自己的审查意见。

规定未对外资提出要求，但美国联邦通信委员会（FCC）在审批该许可时往往会征求司法部、国防部、国土安全部和联邦调查局组成的电信小组关于安全方面的意见。电信小组曾以国家安全为由否定了中国移动的申请。对于前述制度，称之为美国的“网络安全审查”制度是牵强的。实际上，对于美国的前述制度，我国均已建立相似制度。

例如，我国虽然未要求政府采购的信息技术产品必须经过特定机构的检测认证，但根据《政府采购法》建立了统一的政府集中采购目录制度，政府部门只能采购纳入目录的产品。同时，我国根据《认证认可条例》规定的强制性认证制度，于 2008 年将 13 种信息安全产品纳入强制性认证目录，实现了政府部门采购的该 13 种信息安全产品必须通过强制认证。《电信条例》要求接入公用电信网的电信终端设备、无线电通信设备和涉及网间互联的设备，必须符合国家规定的标准并取得电信主管部门核发的进网许可证。根据《计算机信息系统安全保护条例》规定，销售计算机信息系统安全专用产品须通过公安部批准的安全功能检测机构检测并取得公安机关核发的销售许可证。按照《商用密码管理条例》的规定，商用密码的科研、生产由国家密码管理局指定的单位负责，商用密码的销售则由国家密码管理局许可的单位负责。《对外贸易法》规定，为了维护国家安全、社会公共利益或者公共道德，可以限制或者禁止进口某些产品、技术，并授权商务主管部门会同其他部门经国务院批准临时限制或者禁止进口特定产品或者技术。《电信条例》要求国家电信主管部门在审批基础电信业务经营许可申请时需要考虑国家安全因素。

通过分析，可以得出结论：美国并未建立所谓的网络安全审查制度，美国有关设备、服务的网络安全管理制度在中国均建立有类似制度。由此可见，“网络安全审查”非舶来品，而是我国自己的概念。

3.2 制度的含义

对“网络安全审查”概念进行正本清源的考察，并非否定其必要性，而是从根本上厘清其与其他相似制度的功能定位，避免制度架构上叠床架屋，反而不利于网络安全审查制度真正发挥应有的作用。根据本文前面的分析，我国不

少制度发挥着维护网络信息技术产品和服务安全的功能。这些制度涵盖政府（特定使用单位）采购、信息安全产品强制认证、特定设备审批、特定业务准入审批等。

前述制度核查网络信息技术产品和服务是否满足安全管理要求的方式可以分为两种：技术检测和政府部门审核。但具有共同的特征：都是事前管理的行政许可制度。由于《行政许可法》对可以撤销行政许可的情形进行了严格限制⁶，根据现有制度予以审批通过的产品、服务，即使事后发现存在危害国家网络安全的情形，也难以依法予以叫停。同时，开展网络安全审查需要较为充裕的时间和回旋余地，但《行政许可法》规定的行政审批时限较短（20日）且相关程序较为严格，制约了利用现有相关制度开展网络安全审查工作。

在中国现行法律制度架构下，建立网络安全审查制度有其必要性，即构建事后发现安全风险和问题予以叫停的制度，填补现行事前准入管理的审批或者认证制度在功能上的空白，形成分别从一反一正两方面确保网络信息技术产品和服务安全的制度体系。

4. 网络安全审查的国家行为属性

根据本文前面的分析，应当在功能上将网络安全审查制度与信息安全产品强制认证、特定设备审批、特定业务准入审批等制度进行区分，将其定位为发现网络安全风险和问题予以叫停的制度。另一方面，为了确保网络安全审查制度可以灵活处理网络安全事件，应当利用世贸规则确认的“安全例外”原则，赋予其“国家行为”属性。

6 《行政许可法》第69条第1款和第2款规定，行政机关可以撤销已经准予的行政许可的情形包括：行政机关工作人员滥用职权、玩忽职守做出准予行政许可决定，超越法定职权做出准予行政许可决定，违反法定程序做出准予行政许可决定，对不具备申请资格或者不符合法定条件的申请人准予行政许可的，被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可。除法律、行政法规另有规定外，行政机关不可以撤销行政相对人取得的行政许可；发现行政相对人已经不符合授予行政许可的条件，行政机关只可以要求行政相对人整改，对多次整改仍不符合授予行政许可条件的，并不能撤销许可。这或许是《行政许可法》立法的一个失误。

国家安全例外原则为主权国家履行国际条约保留了适当空间，赋予较大解释和适用空间，为主权国家考量本国经济社会状况、政治体制和文化传统等因素保护自身基本安全利益而采取其认为必须采取的行动提供了法律授权。根据安全例外原则，可以借助国家安全概念的模糊化和抽象化特点为国家决策提供较大制度空间，有效处理有关涉外纠纷和经贸事件。网络安全审查一方面是法律意义上的行为，另一方面也是国家政治决策行为。根据《行政诉讼法》第12条规定，法院不受理对“国防、外交等国家行为”和“法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为”提起的行政诉讼。因此，应当明确规定网络安全审查属于国家行为，或者明确规定网络安全审查不可以被提起行政复议和行政诉讼。网络安全审查属于国家行为，是政治决策的结果，不可以提起行政复议或者提请司法诉讼，也不可以申请再次审查，是网络安全审查制度发挥灵活处理涉外网络安全事件功能的制度保障。

网络安全审查的国家行为属性，是国家安全例外原则的应有之义，也决定了网络安全审查的权威性和慎重性，而非像通常的信息安全产品强制认证、设备检测审批和业务准入审批等制度那样可以由层级较低行政部门或者第三方社会机构负责实施。网络安全审查决策属于国家行为，审查工作的开展必须慎重，审查结果的做出必须要综合考量国家经济、社会和对外关系等各种情势，平衡发展、安全等价值冲突。另一方面，从现行信息安全产品强制认证、特定设备审批、特定业务准入审批等制度的运作实践看，这些制度的实施并不代表国家行为，其实施条件、标准明确，操作空间较为狭小，行政相对人可以提起行政复议和司法诉讼，不能有效处理复杂的国际争端事件。这再次说明应当将网络安全审查制度与前述制度在功能定位上进行区分，将信息安全产品强制认证等制度定位为维护网络安全的常规性制度，将网络安全审查制度定位为维护网络安全的兜底制度，形成维护国家网络安全的制度合力，避免制度功能交叉和管理重复。

5. 网络安全审查的内容

开展网络安全审查的目的，是发现网络信息技术产品和服务中存在的安全风险和问题。网络信息技术产品和服务中存在的安全风险和问题，可以分为正

反两个方面。正的方面，为了满足不同行业或者领域信息系统的正常、安全、高效运转，一般会对信息系统应用或者使用的网络信息技术产品和服务从完整性、保密性和可用性等方面提出一定的性能要求，具体表现为国家有关网络安全管理规范 and 标准，通过技术检测、人工审核产品或者服务是否符合网络安全管理规范 and 标准，可以判定网络信息技术产品和服务是否具有安全风险和问题。反的方面，网络信息技术产品和服务中不可以存在安全漏洞和被植入后门。这些漏洞和后门，一般可以通过技术手段检测出来，但并非通过判定是否符合国家有关网络安全管理规范 and 标准进行检测。也就是说，网络信息技术产品和服务中存在的安全漏洞和后门，并非是可以通过与网络安全管理规范 and 标准进行比对而检测出来的。

对于正的方面存在的网络安全风险和问题，现行信息安全产品强制认证、特定设备审批、特定业务准入审批等制度，可以实现问题发现和风险管控。对于反的方面存在的漏洞和后门等风险和问题，由于不可以通过网络安全管理规范 and 标准等进行检测和审核，现行信息安全产品强制认证等制度难以实现问题发现和风险管控目的，则需要运用网络安全审查制度。因此，网络安全审查制度的主要功能应当是发现网络安全漏洞和后门，对相应的产品说“NO”，而不应是检测产品或者服务是否符合国家网络安全管理规范 and 标准。若网络安全审查的主要内容是产品或者服务是否符合规范 and 标准，将与信息安全产品强制认证、特定设备审批、特定业务准入审批等制度，在功能上重合，冲淡建立网络安全审查制度的价值和作用。国家的网络安全能力和水平，最终由本国信息技术产品和服务的能力和水平决定。如果网络安全审查制度与现行信息安全产品强制认证、特定设备审批和特定业务准入审批等制度交叉重合、重复管理，必将给本国企业造成极大的负担和成本，从根本上不利于本国网络安全能力和水平的提升。

另一个方面，由于通用网络信息技术产品或者服务，可以应用于不同的行业和领域，而不同行业或者领域对产品和服务的性能要求不同，现行的信息安全产品强制认证、特定设备审批、特定业务准入审批等制度可以将管理要求和目标与特定行业、领域紧密结合，可以避免对产品或者服务的网络安全管理要

求“一刀切”。而网络安全审查制度由于是统一的制度，若将审查的重心放在产品或者服务是否符合国家网络安全管理规范和标准方面，则难以满足不同行业和领域对通用产品或者服务的不同管理要求。

6. 网络安全审查的“黑名单”方式

网络安全审查的主要内容是通过技术检测发现网络信息技术产品和服务中存在的漏洞和后门。由于网络安全形式的复杂性，网络安全审查不可避免会运用到背景审查等方式，且会考虑国内外同类产品的性能水平、经济社会发展形势等诸多因素，在综合判断的基础上做出审查结论。在审查结论的做出方式上，有“白名单”和“黑名单”之分。

白名单方式，是向社会公告通过网络安全审查的产品和服务，以政府公信力向社会推荐或者强制要求社会使用网络安全审查实施部门认为不存在网络安全审查风险和问题的产品或者服务。由于网络安全漏洞和后门的隐蔽性，技术上难以一蹴而就地发现漏洞和后门，现阶段未发现漏洞和后门并非可以表示产品或者服务一定安全，且由于网络信息技术产品和服务的在线性，极易在使用中通过网络植入木马等恶意程序，以政府公信力担保产品或者服务的安全性不妥。采用白名单方式推荐或者强制要求企业等社会主体采用网络安全审查部门审查通过的产品或服务，若使用主体因产品或者服务有安全问题而遭受损失，网络安全审查部门如何承担该责任，是一个需要严肃对待的问题。

黑名单方式，是向社会公告未通过网络安全审查的产品或者服务，劝导或者严禁社会使用名单中的产品或者服务。黑名单方式，不会产生白名单方式极易出现的审查通过但不安全的问题，也不宜出现以政府公信力担保某种产品或者服务性能安全的问题。黑名单方式，具有很强的灵活性，可以很好地利用网络安全审查的国家行为属性，禁止社会使用某种产品或者服务，相较于白名单方式具有更强的震撼作用，具有较大的决策空间，可以灵活处理有关网络安全事件。因此，网络安全审查应当采用黑名单方式，向社会公布有网络安全风险或问题的产品和服务。



第 02 辑 理论研究



01 开源软件知识产权问题研究

李美燕 石现升

李美燕 中国互联网协会研究部主任助理 博士

石现升 中国互联网协会副秘书长 副研究员

1. 引言

当前，我国互联网正处于高速发展期与创新活跃期，开放、互联、分享、协同的发展理念深入到人们生产生活的方方面面，指引着经济发展与社会民生服务的前进方向。随着“互联网+”时代的来临，软件的适用范围日趋广泛，开发的复杂程度日益增加。在新形势下，开源模式以一种大规模分布式创新，扩展了传统分工观念的限制，消除了网络的不兼容性和地理的差异性，实现了知识和信息在全球范围内跨越，助推中国软件产业迈入新的发展阶段。2015年，国务院发布《关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》，指出：“引导教育机构、社会团体、企业或个人发起开源项目，积极参加国际开源项目。鼓励企业依托互联网开源模式构建新型生态，促进互联网开源社区与标准规范、知识产权等机构的对接与合作。”可以看出，国家正在努力营造中国开源软件发展与生态构建的利好环境。纵观历史无论是中国，还是域外，开源软件的发展展现出巨大的魅力和广阔的前景。从Linux问世时的蹒跚起步，到如今Android系统占据的半壁江山，开源模式以其思维的转换、壁垒的破除、技术的升级、智慧的

共享为显著优势，影响着全球软件产业的发展方向与重点领域，实现了不分国界、不分专业、不限定时间的创造、创新。这种模式的蓬勃兴起有力地推动了全球软件产业的创新发展，使 IT 领域发生了全局性、持续的重大变化。当然，这种开源的创新、创造模式也引发了诸多的法律问题，比如专利问题、著作权问题、商标问题，等等。开源模式的良好生态构建需要依赖于法律制度的保护，尤其是知识产权的保障。只有在知识产权保护的土地上，软件的开发者、爱好者以及软件厂商才能持久地引领创新。因此，中国开源软件产业的发展亟须梳理知识产权保护的相关问题，在坚持鼓励支持和规范发展并行、政策引导和依法管理并举的原则下，谋求适应新业态发展的保护机制与科学的治理方式，寻求理念与利益的平衡，引导软件开发者、爱好者以及软件厂商以合理的方式去追求目标，实现价值，分享创意，共享智慧。

2. 开源软件及其在中国的发展状况

2.1 开源软件的概念

开源软件（Open Source Software）是开放源代码软件的简称，最早被称之为自由软件。自由软件强调自由的使用、分发、学习、修改软件，精髓是“自由”。随着自由软件商业化发展需求越来越迫切，由于自由（free）概念较易被理解为“免费”，“自由地软件”向“开源软件”演变。毕竟，“免费”会使传统商业软件的模式产生颠覆性的改变，也不利于吸引传统商业软件厂商聚集力量参与到开源软件的研发之中。

开源软件的正式定义由开放源代码创始组织（Open Source Initiative Association, OSI）给出。开源软件是指允许任何人使用、复制、修改、分发（免费/少许收费）的软件，但必须满足以下条件：一是允许开发者自由地再发布软件；二是要求程序的源代码是可获得的；三是可以修改和派生新的软件，并可以重新发布；四是发布时保持软件源代码的完整性；五是许可证不对任何个人或群体有歧视，不得歧视任何应用领域；六是与程序有关的权利必须适用

于任何重新发布的程序，不需要得到附加其他的许可证的许可¹。

可以看出，“开源”更多地表现为在商业领域中汇集力量和凝聚力的意思。自由软件与开放源码软件属于同一范畴，但强调软件的不同侧面和价值观。自由软件强调自由、共享的精神理念。开放源码是从工程技术的角度来看待源码的发布与修改，开放源码是新的软件开发方法学²。

正如理查德·斯托曼（Richard Stallman）所说：“自由软件，就是要开发一系列完整的软件，由原作者对自己的一些知识产权的权利进行放弃。”³开源软件是开发者向公众的一种许可，同意将源代码予以免费或者少许收费的方式开放，鼓励用户之间互相复制，通过网络在线发布，或者直接从一个用户向另一个用户自由传播源代码，接受自由软件运作规则，再重新发布。简单地说，开源软件是指源代码以免费或者少许收费的方式公开，且可以自由传播的软件。

开源软件的核心并不是软件本身，而是软件开发的过程。开发过程的关键是自愿参与、自愿选择任务。任何人都可以加入开源项目，且任何人都可以随时离开。理想的开源进程模式是围绕一种核心编码技术展开的，核心的源代码可以自由获得。也就是说，任何人都可以从互联网上获取软件的源代码，任何人都可以自由地修改源代码并为己所用。

值得注意的是，开源软件用户并非传统意义上的消费者。因为用户既是源代码的使用者，也是源代码的再行开发者，是一种意义深远的开发方式与生产使用融为一体的活动。开源用户兼程序员的工作原则并非来自抽象理论，开源技术和授权条款明确鼓励用户积极参与软件源代码创新的过程。就实际情况来看，很多用户的确不同程度地参与软件源代码的创新过程。在当前的环境中，开源软件开发多是出于自愿，提供所面临实际问题的解决方案。在互联网高速发展的今天，开源软件的源代码可以跨越公司界限，甚至是跨越国家自由地

1 The Open Source Definition[EB/OL]. [http:// www.opensource.org/docs/definition.php](http://www.opensource.org/docs/definition.php). 2015-10-1

2 任洪敏,葛孝奎.开放源码软件综述[J]. 计算机应用与软件, 2007(6).

3 Richard Stallman, Why Software Should Not Have Owners, <http://www.gnu.org/philosophy/>. 2016-1-12

传递，软件开发者就不用担心自己所创建软件的附属代码供应商是否会破产，或者无法维护，或者改变访问条件。

开源软件的开发者可以同时许多不同的地方开展工作，尝试不同的问题解决方法，提出许多潜在的解决方案。这种源代码的创新与开发贯穿在自发并行的工作之中。随着原型的优化，还涉及生产循环的加速，从而达到增加错误修改率的目的，软件的开发速度大大提高，资源可以再度利用。开发源代码的过程以及其反馈和更新周期要比大多数商业软件项目快一个数量级。可以说，开源的优势吸引着来自全世界的软件开发者，甚至是传统商业软件厂商的目光，在产业变革的过程持续焕发着生命力。

2.2 开源软件在全球范围的演进历史

2.2.1 开源软件在全球范围内的演进历史

开源软件的发展历史最早可以追溯到 20 世纪 60 年代不同组织之间共享程序源代码的事实。源代码的自由开放，使得开发者自由交换作品，并共同创造出令人炫目的成功：UNIX 和支撑互联网所有重要技术，Apache、TCP/IP、Send Mail、Bind 等⁴。然而，由于不同组织之间共享程序源代码是以非正式的方式进行合作，此阶段软件的产权与使用权并没有清晰界定。

20 世纪 70 年代末，以微软为代表的商业软件厂商助推软件产业进入“copyright”时代。此阶段，著作权或者知识产权法律赋予很多软件公司，比如微软公司，享有软件的独占权。商业软件厂商获得软件独占权，使得权利人享有软件以及软件复制品的发行权，其可以通过付费许可的方式获得丰厚的利润。在很大程度上，知识产权制度促进商业软件产业快速发展。为了持续获得丰厚的利润，商业软件厂商牢牢控制着软件的源代码，用户即使通过许可方式获得软件使用权，也无法查看、修改、完善源代码。因为用户仅能看到软件的目标文件，这些文件由“0”和“1”组成，是难以被理解的，更无法真正融入计算

4 张平,马骁.开源软件对知识产权制度的批判与兼容(一)[J].科技与法律,2004(1).

机软件的环境，实现软件的持续、弥久创新。由于知识产权的独占权，使得其他软件厂商进入市场产生“壁垒”。在没有产生替代产品的情况下，就形成了商业软件发展过程的垄断。随着时代的发展，越来越多的开发者对垄断问题感到不满。

1984 年，自由软件创始人理查德·斯托曼（Richard Stallman）在软件领域启动 GNU（GNU's Not UNIX）包含三个协议条款（GPL、LGPL、GFDL）工程，目的是遏制或避免商业软件的垄断，加强软件技术交流与合作，并正式开启了自由软件发展的序幕。与此同时，自由软件的产生已经开始突破了严格知识产权保护的束缚，开始形成一种新的力量与 Windows 为代表的商业软件分庭抗衡。

20 世纪 90 年代以后，开源软件依托互联网得到迅速发展，商业化的特征逐步显现。1991 年，林纳斯·本纳第克特·托瓦兹（Linus Benedict Torvalds）主导的 Linux 开发成功，奠定了开源软件深远发展的基础。1995 年，罗伯特·马丁（Robert C. Martin）成立 Redhat 软件公司，发布 Red Hat Linux2.0，并将软件内核源代码进行开放。Red Hat Linux2.0 向世人证明，免费内核也可以获得高额赢利。随后，Apache HTTP Server 发布，让用户充分体验到开源软件的稳定性、可靠性和可制定性。基于开源的数据库（MySQL）、应用软件（Pentaho）、中间件（Jboss）等基础架构的软件在此后得到快速发展，被越来越多的用户接受与使用。1998 年，布鲁斯·佩伦斯（Bruce Perens）和埃里克·史蒂文·雷蒙德（Eric Raymond）等人在美国发起成立开放源代码首创行动组织（Open Source Initiative Association, OSI），专门讨论开源软件的概念、使用情况以及发展方向，目的是让开放源代码软件有一个更好的发展环境与土壤。同年，网景公司（Netscape）将浏览器产品的源代码开放，Sun 微系统公司开放了 Star-office 程序代码，IBM 公开 AFS 文件系统的源代码。

1999 年，法国参议员皮埃尔·拉菲特（Pierre Laffitte）引入了 Proposition de Loi 495，要求所有的政府部门使用可以获得源代码的软件。2000 年，法国文化部计划将 300 台运行专有软件替换为 Red Hat Linux、Apache、Zope 组合。2001 年，法国总理利昂内尔·若斯潘（Lionel Jospin）要求设立科技信息和通信管理局以鼓励开源软件的发展。2002 年，韩国软件商为政府提供 12 万套 Hancom

Linux Deluxe 2.0 办公软件。同年，德国议会宣布采用 SuSE Linux 和 OpenLDAP 等更多的开源软件。2004 年，英国政府积极为台式计算机用户安装开源软件。2005 年，美国麻省政府发布采用开放文档的标准。

随着 Linux 为代表的 GNU 自由软件计划、Apache 开源软件计划、开放源代码首创行动等运动的深入，越来越多的公司将软件的源代码向社会开放。开源模式逐步打破了商业软件占据主导地位的格局，聚合了来自世界各国政府、软件开发者，甚至是商业软件厂商力量。开源模式具有无穷魅力，实现了一种“私人+集体”（Private-Collective）⁵创新行为，将企业的力量与个人的努力融合成为一种共同的努力，达到了汇众智聚众力的效果，促进了全球软件产业的发展。

当然，开源模式将软件源代码向社会公众开放，看似是将软件作为公共产品对待。谁都可以拿来使用，谁都可以在原始代码的基础之上再进行开发。但是，不可否认的是，软件的开发与创新过程中产生的一些收益却是由源代码开发者私人独占，比如对声望、对技术的控制以及开源模式使得开发者能够永无止境地学习。这也就是，为什么开源软件这种模式能够吸引世界各地的软件开发人员投入到软件的研发与分享的过程之中。因为，开源模式能够持续促进软件产业的创造与创新，有助于人们及时发现并解决程序中存在的问题，能够及时有效地减少软件开发过程中大量不必要的重复劳动。

2.2.2 在演进历史过程中具有深远影响力的几款开源软件

回溯历史，可以看出开源软件成为了整个互联网时代重要的支撑技术，渗透到了我们日常生活的方方面面，开源软件具有深远影响力。其中，一些重要的开源软件，吸引着来自世界各国的开发者以及软件厂商参与其中，在全球范围内发挥着重要的作用。

⁵ Hippel Eric von. Innovation by User Communities: Learning from Open-source Software[J]. MIT Sloan Management Review, 2001: 2284-2292.

(1) Linux 操作系统。

1997 年，Linux 操作系统诞生。Linux 操作系统是由世界各地的成千上万名程序员一起来实现的，继承了 UNIX 以网络为核心的设计思想，是一个性能稳定的、多用户的网络操作系统。用户可以通过网络或其他途径免费获得 Linux 操作系统，并可以任意修改系统的源代码。当然，程序员开发 Linux 操作系统的目的是不受任何商品化软件著作权制约，并在世界范围内自由使用的 Unix 兼容产品。目前，Linux 已经无处不在。Android 是以 Linux 为基础开发的手机操作系统。同时，世界上大多数的超级计算机、数据中心也使用 Linux 系统。在我国，百度、淘宝等公司都是通过 Linux 每天为用户提供互联网服务。

(2) MySQL 数据库管理系统。

MySQL 是一个开源的小型数据库管理系统，由瑞典的 MySQL AB 公司研发。2008 年，MySQL 被 Sun 公司收购。2009 年，甲骨文公司（Oracle）收购 Sun 公司，MySQL 成为旗下产品。目前，MySQL 为 C、C++、Java、PHP 等多重编程语言提供 API 接口，支持 Windows、Mac、Linux 等多种系统，深受全球用户的青睐。

从应用领域来看，MySQL 数据库管理系统起初为小型应用而开发。现阶段，基本上所有的互联网公司都会使用 MySQL 数据库管理系统，一些金融交易机构采用 MySQL 系统作为数据库引擎更为常见。因为 MySQL 数据库管理系统既可以支撑大规模的访问，又可以保证数据安全性。

(3) Eclipse 开发工具。

1994 年，Eclipse 由 OTI 公司和 IBM 公司创建。Eclipse 是一个开放源代码，专注于为高度集成的开发工具，为程序员提供一个全功能的、具有商业品质的开发平台。Eclipse 主要由 Eclipse 项目、Eclipse 工具项目和 Eclipse 技术项目组成。

随后，由 IBM 公司牵头，围绕着 Eclipse 项目已经发展成为了一个庞大的 Eclipse 联盟，其中包括 Borland、Rational Software、Red Hat、Sybase 等。很多

Java 编程软件都是在 Eclipse 平台研发与实现的，包括甲骨文（Oracle）在内的许多大公司纷纷加入 Eclipse 项目，因为他们相信 Eclipse 将来会成为可进行任何语言开发的 IDE 集大成者。

总之，Eclipse 并不是一个直接服务于消费者的产品，更聚焦于软件开发过程的优化工具。软件程序的开发者使用 Eclipse 工具，可以打造出各种充满创造性的服务与产品，源源不断地满足用户新的需求。

（4）Apache 服务器软件。

Apache HTTP Server（简称“Apache”），是由 Apache 组织开发的一个开放源码的网页服务器软件。目前，Apache 软件可以在大多数计算机操作系统中运行，其具有多平台和安全性的优势，也是最流行的 Web 服务器端软件之一。

简单来说，Apache 就像一个负责的门卫，管理着服务器数据的进出。每当用户在网络地址栏上输入“http://XXX.com”的时候，在遥远的终端，可能正有一台跑着 Apache 的服务器，将用户需要的信息传输给浏览器。Apache 具有简单、快速、可靠的特点，可以通过简单的 API 接口进行扩展，还可以与 PHP/Perl/Python 等多种解析器配合使用。

（5）Hadoop 分布式系统基础架构。

Hadoop 是一个对大量数据进行分布式处理的软件框架，由 Apache 软件基金会开发，具有高容错性，可以在低廉的（low-cost）硬件上使用。同时，由于 Hadoop 提供高吞吐量（high throughput）访问应用程序的数据，适用于有着超大数据集（large data set）的应用程序之中。用户可以在不了解分布式底层细节的情况下开发分布式程序。

Hadoop 一直帮助解决各种问题，包括超大型数据集的排序和大文件的搜索，还是各种搜索引擎的核心，比如 Amazon 的 A9 和用于查找酒信息的 Able Grape 垂直搜索引擎。在中国，阿里巴巴在商品推荐、用户行为分析、信用计算领域也都有 Hadoop 的应用。可以毫不夸张地说，没有 Hadoop，就没有大多数的大数据应用。在“大数据”时代，Hadoop 已经成为最主要的技术手段，推动着新业态和

传统行业长期孕育的工匠精神相结合，推动虚拟世界与现实世界融合发展，重新塑造着产业链、供应链与价值链。

（6）WebKit 浏览器引擎。

WebKit 是一个开源的浏览器引擎，与之相应的引擎有 Gecko（Mozilla Firefox 等使用的排版引擎）和 Trident（IE 使用的排版引擎）。用户要看到精美的浏览界面，需要以 WebKit 为代表的浏览器内核对文本进行解析，将枯燥的、乱糟糟的文本内容描绘成精美的浏览界面。

目前，几乎所有网站和网银已经逐渐支持 WebKit。WebKit 内核在手机上的应用也十分广泛。苹果的 Safari、谷歌的 Chrome 浏览器都是基于这个框架来开发。相关数据显示，WebKit 浏览器引擎已经成为拥有最大市场份额的排版引擎，超越了 Internet Explorer 所使用的 Trident 和 Firefox 所使用的 Gecko 引擎。

在全球市场上，还有很多影响力大、使用广泛的开源软件。由于篇幅所限，就不再一一列举。纵观历史，在全球软件发展的长河中，开源软件是一种新型的软件开发与创新模式表征，充分发挥了“集众智汇众力”的成效，持续调整与革命性影响着社会、经济、法律、软件工程等领域的发展水平。时至今日，开发者、商业软件厂商以及社会公众才更加明白开放源码运动为什么被喻为“数字时代的文艺复兴”。

2.3 开源软件在全球范围的发展态势

据 Gartner 预测，2016 年至少 95% 的主流 IT 企业和组织将会直接或间接地在其关键任务方案中使用开源软件。开源模式以开放、共享、协同的方式持续影响着软件产业发展的路径，并在全球 IT 领域发生了全局性、持续的重大变化。未来，开源软件的研发与使用会从基础层逐渐向上层渗透与融合，将会有越来越多的企业及开发者关注开源软件的发展。在全球范围内，开源软件产业具有以下几方面的发展态势。

2.3.1 开源软件在全球范围内的规模将持续扩大

随着移动互联网、云计算、大数据等新一代信息通信技术进一步的演进发

展，开源软件将会不断满足用户的个性化需求以及企业垂直服务的要求。在市场上，类似于在 GitHub 上衍生出与 Docker 相关开源项目的情况将越来越多见。与此同时，企业将自己拥有的商业软件项目进行开源的热情将持续高涨。因为软件的更新、发展很快，包括竞争对手在内的其他软件开发者很难通过反向工程及时了解软件的结构、开发思路等信息。软件开发者的不满情绪随之而来。这种不满不仅体现在人们试图处理程序的本身，而且还来自开放以及与之进行交互的程序之中。在这种情况下，要求商业软件公开源代码，特别是要求公开操作系统源代码的呼声持续高涨，就不难理解。

面对这样的形势，特别是面对一些大客户和相关软件开发商的需求，不少商业软件企业也开始改变其过去对源代码严格保密的态度。即使是全球最强的科技公司，也有条件地向特定客户“开放”源代码，比如，微软的知识产权许可计划，苹果公司的 Apple 公共代码许可证，微软将开发平台 Net 框架开源，苹果宣布 Swift 开源，谷歌开源 TensorFlow 系统，Facebook 公开 Big Sur 人工智能硬件架构。未来，企业将其自己拥有的商业软件项目开源的热情将持续高涨。

商业软件厂商选择“开源”，说到底还是软件企业吸引用户，扩大市场份额，寻求更高商业利益和竞争地位所采取的经营新模式。这种做法，是商业软件厂商权衡利弊而做出的一种选择。另一方面，由于开源模式可以获得更多开发者的关注与支持，抢占新兴市场以及稳固自有市场都会产生有利效果。因此，商业软件厂商将项目进行开源，将会在推动整个技术行业发展的同时，促进企业自身获得进步与发展。当下，即使是苹果公司也开始开源新技术背后的代码。可以说，开源模式是一个既利己，也利他的选择。未来，全球范围内，开源软件的整体规模将会进一步扩大。

2.3.2 开源软件在全球范围的竞争格局将以企业为主导

回溯历史可知，开源软件的发展方向与企业的运营路径息息相关，企业参与开源软件的程度也深刻影响着国际竞争格局。起初，开源软件的参与者主要是软件开发的爱好者，或者是单个程序员。但是，随着时间的迁移，越来越多

的企业加入开源软件领域的竞争。未来，企业在开源项目中的主导地位将得到持续增强。在大型开源项目中，企业之间的竞争将更加激烈。

一方面，市场上将会有越来越多的企业将自身的商业软件项目进行开源。因为依托开源模式能够大幅提升商业软件厂商的业务能力，获得商业竞争优势。起初，AMD 和 Nvidia 两家 GPU 的巨头公司均是支持很多开源项目。但是，当涉及自己的软件时，他们持以保守、封闭的态度。为顺应时代发展，获得竞争优势，2015 年 AMD 公司在 GitHub 发布一个基于 MIT 开源许可，包括开源的效果、工具、库和 SDK 的套，以方便开发者更好地使用 AMD 的 GPU 资源。未来，商业软件厂商将进一步加大投入，加强管理，以获取项目开源后发展的主导权。

随着开源软件在整个信息技术领域中的地位日益突出，企业对民间开源项目的关注程度也日益提升。企业积极挖掘民间优秀的开源项目，及时进行接管，将会成为其发展的重要路径之一。与此同时，企业将会深度参与大型开源项目，或是增加对项目代码的提供力度，或是提高对项目组织的资金赞助。因为深入参与大型开源项目，能够促使企业获得更多的发展话语权，大幅提升企业的影响力。

2.3.3 开源软件的应用范围向更广阔的领域拓展

“互联网+”时代，开源正在成为一种理想的软件开发模式，及时有效地汇集相关企业及软件爱好者竞相加入软件的研发之中，实现全球范围内的协同创新，实现技术的快速迭代与更新。毕竟，软件产业的创新无法局限在狭小的范围内。即使由企业单独来主导，也会出现技术能力不足、人力有限的问题。

为应对挑战以及解决问题，大型企业陆续开启开源模式来助推人工智能领域的创新发展。近期，Google 开源了人工智能（AI）发动机 TensorFlow⁶以及关键人工智能 Warp-CTC 的关键代码⁷。在开源模式的驱动下，人工智能核心技

6 开源中国. 2015 你不可知的九大开源事件[EB/OL]. <http://os.51cto.com/art/201512/502596.htm>, 2015-5-12.

7 开源中国社区. 百度开源其关键人工智能系统 WARPCTC[EB/OL]. <http://www.oschina.net/news/69888/warp-ctc-baidu>, 2016-5-15.

术将有望实现新的突破，应用领域向更广阔的空间拓展。人工智能领域的开源产业化步伐将会加速推进，技术革新将会持续进行。

在云计算方面，构建开源的云架构已经达成业界共识。IDC 调研数据显示，中国云计算基础架构市场投资增长率已经达到了 42.0%，2016 年中国云计算基础架构市场的规模将超过 10 亿美元。未来，会有越来越多的企业愿意使用公共云，也将会看到以开源主导的云架构。

在大数据方面，以 Apache Hadoop、Apache HBase、Apache Storm、Apache Spark、Apache Drill、Apache Sqoop、Giraph、Cloudera Impala、Gephi、MongoDB⁸ 为代表的开源技术几乎成为大数据的代名词。亚马逊公司采用了 Hadoop 技术，为用户提供大数据管理服务。同时，英特尔公司也不断改进和优化 Hadoop 使其运行在自己的硬件上，帮助用户打破系统的一些限制，促使软件和硬件结合得更好。

在大数据形势下，即使是传统商业软件厂商的代表，微软公司也不得不考虑让 Windows 兼容 Hadoop。未来，在大数据领域，开源软件将持续影响着产业发展。传统的商业软件公司利用开源模式来提供优质的服务，还会有很远的要走。

2.3.4 全球范围内开源软件相关政策相继出台

开源软件本身不是一个产业领域，是软件开发模式创新与价值创造的全新模式。在互联网以及开源模式出现之前，软件开发具有较高的门槛。只有具有较高制造能力以及软件研发能力的国家及地区，才能真正掌握软件产业发展的主导权，才能形成科技发达国家的垄断优势。然而，开源模式改变了这一情况。即使是“草根”阶层也是极有机会获得、学习和研究软件的源代码，并通过互联互通的网络与世界各国、各地区取得联系，与软件的开发者和爱好者一起合作、交流、切磋，从而参与到大型软件的编写过程之中。可以说，开源软件让发达国家、地区和欠发达国家、地区站在软件研发的同一条起跑线上。开源模

8 行业咨询. 大数据领域内十大开源技术十大公司 [EB/OL]. <http://www.199it.com/archives/213079.html>, 2016-5-14.

式促进了世界各国、地区，尤其是欠发达地区的本土软件业发展，有效地避免了采用国外商业软件所带来的安全隐患。

为积极促进本国基础软件产业发展，提升对新兴技术的掌握能力，抓住历史难得的发展机遇，世界各国、各地区陆续出台相应的政策，以扶持和推动开源软件的发展，营造良好开源模式生态环境。2003年，日本政府开支 AIST (AIST Desktop Project) 桌面项目，旨在向开源软件移植环境提供技术支持，为国际合作提供条件。德国慕尼黑政府推出公共管理部门，允许将 1.4 万台装有 Windows 软件的计算机改为 Linux 系统⁹。丹麦科技和创新部发布《软件战略》，目的是鼓励竞争、确保采购软件的独立性和自由选择的权利。在文件后附了一份对开源软件的分析报告。美国国防部颁布一项备忘录，允许在内部使用开源软件。2004年，美国成立政府开放源代码合作组织 (Government Open Code Collaborative)，目的在于鼓励专用于政府部门的计算机代码的开发、共享与传播。在此期间，多份报告显示，美国鼓励开源软件作为高端计算机软件开发的一条新路¹⁰。同年，中、日、韩三国信息通信部门共同签署《中日韩三国关于开放源代码软件合作备忘录》，标志着 Linux 方面的合作迈入新的进展阶段。2014年，欧盟委员会(EC)修改自由/开源软件的政策，目的是移除可能阻碍自由/开源软件代码贡献项目的障碍。特别是，欧盟想要澄清法律方面，包括知识产权、版权，在提交代码至代码库时的作者或作者的名字¹¹。2016年，美国白宫发布了一份开源软件政策草案，要求用联邦政府资金开发的定制软件。如果被跨部门使用，那么新定制代码的一部分需要以开源软件的形式公开，并且政府机构每年开发的新定制软件代码应该至少开源 1/5¹²。

随着互联网应用逐渐深入，开源软件在基础软件领域，如在操作系统领域，

9 王斌. 德国允许安装 Linux 系统[EB/OL]. <http://www.muenchen.de/aktuell/muenchen-linux.htm>, 2016-5-14.

10 李珂. 美国政府开放源代码合作组织[EB/OL]. <http://www.ccic.gov/pubs/pitac/pitac/pres-OSS-11esp00.pdf>, 2016-5-14.

11 开源中国社区. 2014 年开源软件法律的发展事件[EB/OL]. <http://www.oschina.net/translate/top-foss-legal-developments-2014>, 2016-5-14.

12 开源中国社区. 白宫公布政府开源软件的政策草案[EB/OL]. <http://www.oschina.net/news/71445/american-ingenuity-through-reusable-and-opensource-software>, 2016-5-14.

有效地保障了本国的信息安全。在全球范围内，大多数国家都在积极培育本土软件研发与创新的土壤。与此同时，为在新兴技术领域抢占发展先机，各国都在努力提升前沿技术水平，在云计算、大数据、物联网等新兴信息技术领域，陆续出台相应的发展战略和产业发展政策，助推开源软件在上述领域的运用。

2.4 开源软件在中国的发展现状

1994 年，中国互联网全功能接入国际互联网。开源软件依托于互联网获得开发者、软件厂商的关注。随着我国互联网进入高速发展期与创新活跃期，开源软件产业也得到迅速发展，并逐渐壮大。

2.4.1 开源软件在中国的演进历史

1995 年，开源思想、Linux 以及大量的开源软件进入中国。早期，带有源代码的 Linux 操作系统伴随互联网以及廉价光盘得到迅速传播。中国市场上也出现了一些开源软件。最初由我国开发者开发的开源软件，主要解决的是 Linux 系统的汉化问题，流传最为广泛的可以显示和输入中文的伪终端应用程序 CCE。

1998 年至 2000 年，中国开源软件的代表作主要有：①LVS (Linux Virtual Server)，被 Linux 内核收录，成为使用 Linux 操作系统搭建集群服务器的重要核心软件组件；②Smart Boot Manager，一种引导管理器，主要解决引导多种操作系统的问题；③ MiniGUI，在功能手机、数码相框、工业控制系统和工业仪表中得到了广泛应用。上述三个中国开发的开源软件，在国际上也具有较强的影响力。

自 2000 年起，北京、武汉等多地以 LUG (Linux User Group) 为代表的各类开源软件组织非常活跃。但是，从 2003 年开始，开源软件在中国关注度逐渐降温，甚至一度消失。这一阶段，开源软件的商业化发展步伐极其缓慢。

2005 年以后，国际上出现了 FireFox 浏览器、Webkit 浏览器引擎以及 Google 安卓系统等几款具有重要影响力的开源软件。与此同时，RedHat 以及国内的红旗等公司开始通过提供针对服务器的 Linux 定制版本获得了可观收入。自此，

我国开源软件进入由大型企业主导的第三个阶段，淘宝、新浪、百度、腾讯和华为等互联网公司纷纷参与其中。

随着“开源中国”等社区的兴起，个人主持或者参与的开源软件逐渐多了起来。2008年，全球范围内出现金融危机。为了降低IT研发与使用成本，传统商业软件企业逐步使用Linux和开源软件，尤其是金融企业。当时，世界上主要证券交易所如纽约交易所、NASDAQ、东京交易所、伦敦交易所等先后迁移到Linux系统。中国企业对开源软件的关注度随之持续提高，开源软件迈进不可逆转的发展通道。2010年以后，中国企业主导或者参与的开源软件的影响力不断提升，大型互联网企业开始绘制开源战略。2015年，小米、华为、Vivo、OPPO四大Android品牌自有渠道发展良好，自有生态日趋完善。阿里巴巴集团基于开源软件构建全球第一大电商平台，华为设立专门的开源软件中心，百度开源了深度学习平台，等等。2016年，百度硅谷AI实验室（SVAIL）于2016年1月宣布开源关键人工智能Warp-CTC的关键代码，并且已向GitHub上传了Warp-CTC的C语言代码库，共享给了开发者。在中国，开源软件产业正在进入快速发展时期。

2.4.2 在演进历史过程中几款具有代表性的开源软件

（1）TFS 分布式对象存储系统。

2010年，阿里巴巴集团开发一款名叫TFS的分布式对象存储系统（以下简称“TFS系统”），用于存储淘宝平台的几百亿张图片和交易快照。公司发布的TFS分布式对象存储系统的开源版本与自身使用版本保持高度一致，并同步更新。TFS系统发布以来为国内开源软件的发展起到了极大的推动作用。目前，新浪微博在生产系统中使用TFS系统作为图片、快照等对象的存储。可以说，TFS系统逐步成为了国内企业依托开源模式形成核心竞争力的典范。

（2）TAIR 分布式 key/value 存储系统。

TAIR是由淘宝网自主开发的分布式key/value结构数据存储系统，具有高性能、可扩展、高可靠的优点。2010年，淘宝网将其开源。TAIR在淘宝网有着大

规模的应用，比如用户在登录淘宝、查看商品详情页面或者用户沟通时，都会直接或间接地与 TAIR 在进行交互。目前，豆丁网等公司已经在使用 TAIR 系统。

（3）OceanBase 数据库系统。

OceanBase 是一个支持海量数据的高性能分布式数据库系统，能够实现数千亿条记录、数百 TB 数据上的跨行跨表事务，也是由淘宝公司开发，并于 2011 年开源。OceanBase 数据库系统（以下简称“OceanBase”）主要解决数据更新的一致性、高性能的跨表读事务、范围查询、Join、数据全量及增量 Dump、批量数据导入的问题¹³。目前，OceanBase 已经应用在淘宝网的收藏夹。具体而言，OceanBase 用于存储淘宝用户收藏的条目和具体商品、店铺信息，每天更新超过 20 亿，更新数据量超过 2.5TB¹⁴。

（4）RT-Thread 实时操作系统。

RT-Thread 是由国人主持开发的开源实时操作系统。起初，RT-Thread 是一个实时的内核，后来得到了来自全国嵌入式开发工程师的鼎力支持。如今，RT-Thread 不仅仅是一款高效、稳定的实时内核，也是一套面向嵌入式系统的软件平台，获得了诸多商业应用。

（5）Ucore 操作系统。

2010 年，陈渝博士组织清华大学学生开展教学，以开源操作系统 ucore 的设计与实现，并直接用于清华大学的操作系统课程，学生可参考实验文档和 Ucore 源代码，通过实践逐步深入掌握操作系统。这相对国内操作系统旧有的教学方法有较大改变，获得了国内外操作系统教学领域专家的认可，并将在教育部的支持下在更大范围内进行推广。

可以看出，中国开源软件的开发主要是由国内大型 IT 企业为主导。近几

13 开源中国社区. DceanBase <http://www.oschina.net/p/oceanbase,2016-5-16>

14 数据库的适用[EB/OL]. alibaba.oceanbase[EB/OL]. <https://github.com/alibaba/oceanbase,2016-5-12>.

年，中国开源软件发展较快，其中大型 IT 企业做出了诸多的贡献。当然，中国开源软件也存在很多问题，比如缺乏重量级的开源软件、软件缺乏持续维护和更新、质量一般、用户不多，等等。另外，中国开源软件和国际主流开源软件存在脱节的问题。开源软件在企业间的共享、协作精神并没有充分体现。在国际上，开源软件使用的群体来自世界各地各个领域。伴随着全球开源技术和开源商业模式的不断成熟，开源软件获得中国企业广泛关注，越来越多的大型 IT 企业，即使市场中占据较小份额的企业也不不断加大人力和物力的投入，参与开源软件的研发。因势而动，因时而变，国内的开源软件的开发要与国际主流的开源软件发展步伐保持一致。中国企业需要摒弃门户之见，集众智以获得源源不断的前进动力，并在国际化舞台上扮演更加重要的角色。

2.5 开源软件在中国的发展态势

经过多方努力，中国开源软件、方案和商业模式逐渐成熟。总体来看，具有以下几方面的特点。

2.5.1 中国开源软件发展环境逐年利好

为积极推进开源软件的开发与应用推广，行业管理部门积极搭建开源软件交流与合作平台，陆续发布指导意见与规划纲要，引导企业利用开源模式促进中国软件产业创新发展。

早在 1999 年，在原信息产业部的大力推动下，“Linux 与中国软件产业研讨会”召开，较为深入地探讨了开源软件如何在中国发展的问题。为加快软件产业发展，2000 年国务院发布《鼓励软件产业和集成电路产业发展的若干政策》。2002 年，经国务院同意发布的国务院信息化工作办公室《振兴软件产业行动纲要》指出，振兴软件产业指导思想，贯彻“以信息化带动”的方针，以市场为导向，以企业为主体，充分利用国内外两种资源、两个市场，优化企业发展环境，实现我国软件产业的跨越式发展。这一阶段，为我国软件产业发展开创了一个新的局面，奠定了良好的基础。

2003年以后,开源软件在国际上迅速发展,并依托互联网在全球范围内进行程序源代码的开发和传播。此时,开源软件引起国内软件界的高度重视。我国开源软件的国际合作不断加强,主要通过开展座谈、研讨会和国际项目等合作方式进行。2004年,中、日、韩三国信息通信部门共同签署《中日韩三国关于开放源代码软件合作备忘录》,确定10项合作计划,标志着Linux方面的合作迈入新的发展阶段。2005年,中法签署《中法关于开放源代码软件的合作备忘录》,使中国企业更加了解开源软件与商业模式相关知识。寻找下一个战略突破口,实现软件产业的跨越式发展成为政府有关部门、软件产业界极为关心的重大问题。

此后一段时间,开源软件以及开源模式逐渐被中国市场、开发者以及软件厂商所接受,国家陆续出台了促进软件产业中长期发展规划。2006年,国务院发布《国家中长期科学和技术发展规划纲要(2006—2020年)》,将操作系统、数据库管理系统、中间件、办公软件等基础软件纳入信息领域的核高基(核心电子器件、高端通用芯片及基础软件)重大专项之中。这些基础软件中有一部分是基于开源软件而创新的。2011年,国务院在《进一步鼓励软件产业和集成电路产业发展若干政策》与《软件和信息技术服务业“十二五”发展规划》中指出“支持开源软件开发和应用推广,加快形成基于开源模式的产业生态系统”,开源软件成为国家扶持的重要对象。

2015年,国务院发布《关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》,强调“要鼓励企业自主研发和国家科技计划支持形成的软件成果通过互联网向社会开源。引导教育机构、社会团体、企业或个人发起开源项目,积极参加国际开源项目。鼓励企业依托互联网开源模式构建新型生态,促进互联网开源社区与标准规范、知识产权等机构的对接与合作。”

在“互联网+”时代,国家正在积极构建开源模式良性的生态环境,逐步加大对基于开源软件的移动互联网、云计算、大数据、物联网等关键领域研发,以及开源软件产业化的资金支持,大力推行计算机预装正版化操作系统的进程,为开源软件在中国的发展提供了更加广阔的市场空间,为形成开源模式的产业生态系统创造了更加有利的外部条件。

2.5.2 中国开源软件产业规模逐年扩大

随着全球开源软件以及开源商业模式逐渐成熟，越来越多的中国企业积极参与开源软件的研发与开源生态模式的构建。即使市场份额较小的企业，也加大人力和物力的投入，积极参与到开源软件开发与创新之中，以获得产品的创新，增强自身的竞争力。

未来，移动互联网是开源软件的主要应用领域，尤其是在智能手机的操作系统中，开源软件的优势将进一步凸显。

现阶段，我国国产智能手机操作系统分为两大类。一类是基于 Linux 代码二次开发的系统，比如中国联通的沃 phone、阿里云 OS；另一类是基于 Android 系统，实现定制化开发，比如华为的 EMUI、小米的 MIUI、中国移动的 OPhone、联想的乐 OS、百度易、盛大乐众的 ROM、OPPO 的 ColorOS、Vivo 的 Funtouch OS、酷派 CoolUI、360 奇酷的 360OS、锤子 Smartisan OS 等手机操作系统。中国互联网络信息中心（CNNIC）《第 37 次中国互联网络发展状况统计报告》显示，截至 2015 年年底，我国手机网民规模达 6.2 亿。网民中使用手机上网人群的占比达到 90.1%，手机成为拉动网民规模增长的首要设备¹⁵。手机上网比例如此之高，软件的兼容性要求提高，开源软件的使用率与影响力在中国得到了大幅提升。

微博报告显示，2015 年下半年，小米、华为、Vivo、OPPO 四大 Android 品牌自有渠道发展良好，自有生态日趋完善。凯度移动通信消费者指数（Kantar Worldpanel ComTech）显示，截至 2016 年 2 月，Android 系统在中国城市智能手机市场的份额出现大幅增长，达到 76.4%，同比增长 3.3 个百分点。与同期对比，iOS 下降 3.2 个百分点。华为夺回榜首位置，占据 24.4% 的中国城市智能手机市场份额，苹果以 22.2% 的份额屈居第二。崭露头角的本土品牌，魅族、OPPO 表现突出，增长强劲，市场份额分别达到 6%。随着我国国产手机品牌的兴起以及应用市场规模扩大，开源软件在中国的发展将迎来新的机遇，在移动互联网

15 中国互联网络信息中心，第 37 次中国互联网络发展状况统计报告[EB/OL]. <http://www.cnnic.net.cn/hlwfzyj/>.

领域将大有作为。

在服务器领域，Linux 操作系统在中国继续深耕。从互联网企业向传统的金融、电网、邮政、教育、国防等领域延伸，Linux 操作系统的市场份额不断扩大。缔元信《2014 年 Q2 中国主流操作系统分析报告》显示，Linux 的市场份额有微涨趋势，由 0.23% 上升至 0.29%。未来，在服务器操作系统市场，由于网络外部性强度较小，开源软件厂商将会占据较高的市场份额。

在云计算方面，构建开源的云架构已经成为业界共识。IDC 发布的调研数据显示，中国云计算基础架构市场投资增长率已经达到了 42.0%。预计，2016 年中国云计算基础架构市场的规模将超过 10 亿美元。开源软件在云计算基础架构市场上的份额也会逐步提升。

根据 EnfoDesk 易观智库发布的《中国大数据整体市场趋势预测报告 2014—2017 年》数据显示，2014 年进入大数据应用市场的快速增长期，增长速度将接近 30%。预计 2016 年国内大数据市场规模总量将突破 100 亿元人民币。中国成为全球重要的大数据市场之一。

在大数据方面，以 Apache Hadoop、Apache HBase、Apache Storm、Apache Spark、Apache Drill、Apache Sqoop、Giraph、Cloudera Impala、Gephi、MongoDB¹⁶ 为代表的开源技术几乎成为大数据的代名词。开源软件吸引了社会各界的关注，个人、企业和政府机构之间的互动创造了数据的海洋，通过有效识别、访问、筛选和分析软件，将使数据在挖掘与分析的过程中凸显更多的见解和益处。因此，大数据需要大量的储存空间，先进的存储基础设施也是必不可少，在多台服务器上伸缩自如的存储解决方案非常重要。在新形势下，大数据中蕴藏的价值有待于更高的技术予以支持。开源软件以及开源模式能够使具有强技术研发能力的公司得到进一步发展，同时也会为小公司带来更快、更大的进步。

在物联网方面，开源软件凭借着开源的商业模式以及免费的特点，逐渐渗

16 行业咨询. 大数据领域内的十大开源技术. 十大公司[EB/OL]. 领域内 <http://www.199it.com/archives/213079.html>, 2016-5-4.

透到嵌入式系统和可穿戴设备等领域内。开源软件与硬件都将成为物联网发展的重要推动力。当然，物联网也将为开源软件、开源硬件提供更多的市场机会¹⁷。

2.5.3 中国企业会更加积极参与开源软件项目

开放源代码是一种有效的知识创新模式，有利于打破传统商业软件的垄断，有利于实现软件研发的自主性，有利于维护国家的经济和信息安全，是中国软件产业发展的重要方向，推动着市场需求不断增加。随着互联网与经济社会各领域深度融合，软件正走向更加丰富、更有活力，也更具有竞争性的市场。中国开源软件的发展与企业的大力参与、积极创新紧密相关。

早期，中软、红旗等龙头企业一直致力于 Linux 的本地化，不断完善系统和应用程序中的汉化问题。随后，淘宝、新浪、百度、腾讯、华为等公司纷纷参与开源软件的研发与应用推广，其中淘宝主导或者开发的 TFS 分布式对象存储系统、TAIR 分布式 key/value 存储系统、OceanBase 数据库系统等开源软件在国内具有较高的影响力。未来，为抢占“互联网+”时代先机，企业将会以多种方式深度参与开源软件项目，主要具有以下特点。

(1) 开源软件的商业化趋势。Linux 等开源软件将会获得更多大型公司的支持，预装或者嵌入在硬件产品之中，通过硬件销售、咨询和服务等方式间接获得回报，或者提高“服务”费用等方式间接获利。比如，软件厂商采用 BSD 等较“宽松”的许可证，在一个信息系统中实现开源软件和商业软件共存；再比如，在中国手机硬件制造厂商在内置安卓操作系统时，采用 Apache 许可证，根据需要在某部分采用开源软件，另部分使用商业软件。另外，一些厂商对同一软件甚至实行“双轨制”经营模式，既采用 GPL 模式，又获得非 GPL 的商业授权，以获取商业利益。随着开源软件逐步走向商业化，开源软件基于开放、协同创新的模式在软件产品的研发成本、效率方面表现出更强的优越性，并将以服务获利的商业模式更加受到企业的青睐。

17 参考中国开源软件推进联盟主席邱善在“第 13 届东北亚开源软件推进论坛”的主题报告。

(2) 商业软件的开源趋势。如今“开源”不再是开源软件的“专利”，不少传统商业软件厂商也开始积极调整经营模式，将其自身拥有的项目与软件开源。一些企业围绕着开源软件和商业软件进行双向布局，或者将自身拥有的商业软件的源代码在一定条件下向用户开放，比如微软公司的 Office，Real Networks 公司的 Helix Project，CA 公司的 Ingres 以及 SAP 公司的 OpenDB 等。

为抢占“互联网+”时代的发展先机，中国的大型互联网企业正在积极绘制开源战略，比如阿里基于开源软件构建了全球第一大电商平台，再比如，华为设立专门的开源软件中心，大力参与外部优秀的开源社区项目，成为 Apache 基金会，Linux 基金会，Linaro、OpenStack 等开源社区的主要成员。2015 年 3 月，腾讯和 CSDN 共同宣布，由腾讯公益慈善基金会出资成立 CSDN 腾讯开源公益社区，逐步将自身的开源项目通过开源社区发布。与此同时，小米公司在其业务平台的基础架构中大量使用开源软件，其中服务框架、Web 框架、大数据存储、数据处理、缓存搜索等多个核心组件都可以见到开源软件的身影。2015 年 5 月，百度开源了深度学习平台。百度硅谷 AI 实验室（SVAIL）于 2016 年 1 月宣布开源关键人工智能 Warp-CTC 的关键代码，并且已向 GitHub 上传了 Warp-CTC 的 C 语言代码库，共享给了开发者。未来，商业软件的“开放”趋势将势不可挡。当然，商业软件的“开源”或者“开放”并不意味着公司对社会的单纯“奉献”，而是以一种全新的商业模式来抢占软件产业的发展先机。

(3) 开源软件将以服务为导向模式的发展。从获利方式来看，传统的商业软件是基于产品的商业模式。开源软件主要是基于服务为导向的商业模式，随着互联网的深度应用，催化和推进了软件向服务导向模式的发展。将来，至少有相当一部分软件将被当成服务来提供，开源软件的持续更新与升级服务需求将会越来越大。

全新一代的开源公司从历史的发展进程中吸取了很多教训与经验。开源软件发展的每一个阶段都彼此强化、影响，从而实现能够带来全新的可能性的飞轮效应。面对这样的发展态势，企业更要谋求一种或者多种商业模式，并积极参与健康、有竞争的市场建立。在这样的一个市场中，针对不同的需求和功能，需要各种不同的产品和服务。商业软件与开源软件的并行，催生了开发和流通

模式的多样性，数以万计的软件企业不断涌现、优胜劣汰、发展壮大，逐步形成一个欣欣向荣的软件产业。开源软件在中国的发展已经度过了萌芽期，正在迈入高速成长期。未来，会有越来越多的企业参与到开源软件项目之中。

2.5.4 中国开源社区与开源组织的支撑环境逐步优化

在中国，开源组织为开源软件开发者和爱好者提供丰富的技术资料、交流空间和项目研发的平台，并为产业发展提供了强有力的组织保障，有助于开源企业提升核心竞争力，使得开源软件快速形成产业链。国际开源软件组织主要有 GNU 组织和 OSIA 组织。目前，我国具有较强影响力的开源组织主要有中国开源软件推进联盟（COPU）、共创软件联盟（CoSoft）、Linux 产业联盟。

中国开源软件推进联盟（以下简称“联盟”）成立于 2004 年，由开放源码软件的企事业单位、民间社团自愿组成的联合体、非独立社团法人组成。阿里巴巴、百度、腾讯、京东、华为、中国移动研究院、中国联想研究院等单位均是联盟的成员。

近年来，联盟积极构建政府、企业之间交流与合作的桥梁，为有关开源软件的立法、政策、规划和环境建设做出了卓有成效的努力。与此同时，联盟也在促进中国与全球关于开源运动的沟通、交流与合作方面做了大量的工作，推动中国开源软件在全球市场上的发展和推广应用，比如，加强与 Linux 基金会、Linaro（ARM 上 Linux 开发的非营利性机构）、OIN（开源知识产权促进机构）、OpenStack 基金会、UBUNTU 社区、LPI、OW2（中间件开源国际联盟）等国际开源组织的交流；再比如，积极引导国内企业与国际开源组织开展交流与合作，掌握国际标准和相关核心技术，采取多种方式提高国产 Linux 操作系统和应用软件的兼容性，引导企业通过合理的方式、有效的途径降低软件开发成本。

2000 年，由原 863-306 专家组倡议，由国内 30 家著名软件企业、科研院所、媒体单位共同发起成立了非营利性软件技术联盟——共创软件联盟（CoSoft），全称为“中国软件行业协会共创软件分会”，通常称“共创软件联盟”。联盟旨在通过灵活的开放源码策略，实现广泛的智力汇聚和高效的成果传播，推进软件创新技术的迅速发展和成长，促进我国软件产业在先进的机制

下实现跨越式发展。

Linux 产业联盟成立于 2005 年,首批加入 Linux 联盟的企业包括中科红旗、中标软件、新华科技等 Linux 操作系统发行商以及方正、同方、金山等 60 余家企业或单位,涵盖了硬件、操作系统、中间件、数据库、信息安全、应用软件提供商以及用户、培训机构和媒体产业链上的多个重要环节。

同时,开源中国社区致力于普及开源软件常识,鼓励更多的人参与到开源软件研发中来。开源社区技术支撑不断加强,促进了开源社区与开源企业之间相互协同,推动了开源项目和开源软件产业的发展。社区与企业的这种交互,既保障了知识与信息的共享,又确保了知识转化为可靠商品的概率,并助推开源软件形成了不断发展与创新的良性循环。

多年来,中国为国际开源社区做出了较多而又积极的贡献,在 Linux 内核社区国别贡献者列表中,中国人的贡献已上升到第 4 位。淘宝 Code 平台、CSDN 通过与腾讯、开源社区的合作扩展其开源项目的影响力。随着中国对国际开源社区贡献逐年增多,我国开发者对 Linux 内核的贡献在最新版中仅次于美国,在 Openstack、Hadoop、MySQL 等项目社区中也越来越活跃。

未来,开源社区与开源组织的支撑环境将不断优化。一方面,引导企业和个人积极参与开源模式的生态构建,以国内联合与国际合作为目标,建立一个综合的、开放的、互动的开源社区,实现社区交流与企业开发的有机结合。另一方面,全方位营造有利于开源软件发展的良好氛围,助推开源软件许可证之间的兼容,谋求许可证与法律制度尤其是知识产权保护制度的统一性,形成一个以社区为中心,涵盖汇集人才、项目策划、组织实施和提供服务等开源产业链,推动中国开源软件在更宽广的领域里创新发展与应用推广。

纵观开源软件的演进历史,开源软件基于开放式创新,实现了来自世界各地的软件开发者的合作、交流、切磋,并以全新的知识创新与价值创造模式深刻影响着软件产业的发展进程。在市场经济环境中,软件企业是以知识产权作为核心,贯穿于商业软件的整个生命周期,形成了一整套比较成熟且行之有效的商业模式。在软件产业的发展过程中,努力建立和维护一个公平的市场竞

争环境，保护知识产权，遏制盗版最为重要。

在软件产业的发展早期，知识产权很大程度上促进了产业的快速发展，知识产权赋予软件厂商的独占权，给许多软件（微软）公司带来丰厚的利润。因为软件厂商在研发、流通及服务方面的人力、物力及资金的投入能够获得合理回报，以此进一步激励软件技术的创新以及新产品的研发。可以说，知识产权制度赋予开发者短期的独占权来换取长期的社会利益与经济收益，促使企业为用户提供更多更好的产品和更佳的服务，促进文化的交流和科学的创新。

然而，随着软件产业的进一步发展，传统知识产权保护模式存在诸多弊端。一方面，商业软件独占权成为其他厂商进入市场的壁垒，市场上逐渐形成了大企业垄断的局面；另一方面，源代码保密使得软件开发被局限于公司内部或少数几个人之间，软件研发出现大量的重复性劳动，很难集众力汇众智对软件性能及安全性进行改进。

随之而来，开源模式显示了一种大规模分布式的创新魅力，扩展了传统分工观念的限制范围，消除了网络的不兼容性和地理的差异性，实现了信息和信息在全球范围内跨越。与此同时，开源软件引发了网络经济发展的一系列问题，比如软件生产已经开始突破严格知识产权保护的束缚，对传统知识产权保护制度提出质疑。

3. 开源软件知识产权保护的演进路径

在互联网以及开源模式出现之前，软件的开发工作具有较高的门槛。只有具有较高制造能力以及软件研发能力的国家及地区，才能真正掌握软件产业发展的主导权，才能形成科技发达国家的垄断优势。开源模式改变了这一情况。即使是“草根”阶层也有机会获得、学习和研究软件的源代码，并通过互联互通的网络与世界各国、各地区取得联系，与软件的开发者及爱好者一起合作、交流、切磋，从而参与到大型软件的编写程序之中。可以说，开源软件让发达国家、地区和欠发达国家、地区站在软件开发的同一条起跑线上。在中国，开源软件以一种知识创新、价值创造的全新模式植根并逐渐枝繁叶茂。

开源软件从一开始就提倡一种“开放、自由”的理想，对于计算机科学的发展，特别在基础性学科和前沿性教学研究和技术交流方面具有独特的优势。但是，由于众多开发者出于学术或兴趣目的参与编写的软件，并不是适应市场需求的真正产品。开源软件的发展，还需要配备完整的文档和资料，不断修错、升级和改进以及长期持久的服务支持，特别是还需要针对计算机技术和市场需求的不断变化而敏锐地做出反应。因此，开源软件如果要作为一种商品，必须以市场为向导，满足市场的需求，需要以企业为主体，也就是说，应当遵循市场经济的基本规律，符合知识产权法律的基本准则。随着开源软件的逐步进入市场和商业化运作，就会发现美好的理想不能代替现实。开源的“自由”仍然需要受到市场经济规则的制约，需要遵守知识产权法律的规定。

历史经验表明，软件的价值需要通过知识产权予以体现与保护。一般而言，软件的价值是需要通过法律授予权利人一定的专有权利或者说是独占权，并借助权利的使用许可合同制度来实现，最后达到他人及社会公众对其成果的共享与使用。与此同时，软件企业可以收回前期开发、传播等方面投入的人力、物力成本。在此基础上，企业有资金继续开发、升级，并推出新产品，获得利润，最终形成一个良性循环，以推动产业和经济发展生态圈。

当然，开源软件是软件的一种类型，仅仅在开发模式上与传统商业软件存在差异。开源软件与传统商业软件一样都需要知识产权制度的保护。但是，不得否认，开源软件作为一种新生事物，有其自身特点，并对现有知识产权制度造成了一定的冲击。也就是说，开源软件向公众开放源代码，将软件的复制、传播、发行、修改、演绎等权利向社会公开，虽然促进和保障了知识与信息在更广阔的空间里交流，让知识和信息的共享跨越时空与地域，但是其发展基础还是需要知识产权来体现与保障。当然，处于不同时代，开源软件知识产权保护的理念与范围存在差异。

3.1 开源软件知识产权保护的 1.0 时代

对开源软件产品的知识产权保护是伴随着软件商业化开始的。在计算机应用初期，企业对于产品的销售没有区分硬件系统和软件系统。软件的源代码作

为产品的一部分几乎都是附送给用户的。用户可以对自己的软件进行编写或修改，也可以与其他用户共享技术。经过十几年的发展，软件产业渐渐繁荣。知识产权制度确认了商业软件的独占权和权利交易规则。也就是说，通过知识产权制度保护商业软件能够通过权利许可来获得相关费用。

新的问题也接踵而来，个别厂商对软件开发技术的垄断引发软件用户以及计算机专家的不满。开源软件是在传统商业软件研发技术垄断而引发用户以及计算机专家不满的背景下应运而生的。开放源代码是软件领域特有的现象，其历史可以追溯到 20 世纪 60 年代不同组织之间共享程序源代码的时代。1984 年，美国软件工程师、自由软件的倡导者——理查德·斯托尔曼（Richard Stallman）在软件领域开启 GNU 工程，并且依托麻省理工学院建立自由软件基金会（Free Software Foundation, FSF），试图创造一种有别于传统的知识产权模式，避免垄断、加强软件技术交流与合作的软件发展模式，成功开启“开源软件模式”的序幕。软件开发者开放源代码，并允许任何使用者阅读源代码以及修改源代码，并不需要向软件开发者支付费用。随后，开源软件与传统商业软件形成相互抗衡的局面。作为开源软件典范的 Linux 系统软件成为同 Windows 系统软件分庭抗礼的最重要力量。

这一阶段，软件合作性开发是建立在非正式的基础上进行。没有确定软件的产权，也没有对软件再次开发与使用进行限制，因而难免产生一些法律纠纷（Lerner 和 Tirole, 2003）¹⁸。因此，在自由软件视野下，用户复制或者修改他人的软件并不被视为“盗版侵权”的行为，而是人类互助的美德。此阶段，是反对知识产权的。软件的开发者的不主张开源软件去申请专利，也不主张去保护软件的著作权，被称为开源软件知识产权的 1.0 时代。

大型商业软件公司为了维持其在市场上的垄断地位，而推动“以私有利益为出发点”的版权法，导致版权法保护偏离了服务于公共福利的初衷，而这最

18 Lerner J. and Tirole J. Economic Perspectives on Open Source[C]. Perspectives on Free and Open Source Software, J.Feller, B.Fitzgerald, S.A. Hissam and K.R. Lakhani(eds.), the MIT Press, Cambridge, MA, 2005.

终将导致对公众自由的限制和阻碍了社会的健康可持续发展。自由软件运动从软件领域为人们反思传统知识产权制度做出了警示¹⁹。但是，自由软件只需遵守开放协议即可。此阶段遇到的法律障碍是一旦开发者或者使用者不遵循开放协议时，无法主张和维护自身权益。因此，这种完全突破严格知识产权制度的开源软件模式在实践中面临着诸多的阻碍。

3.2 开源软件知识产权保护的 2.0 时代

起初，在商业软件高昂垄断价格下，开源以自由开放源代码的方式吸引开发者关注，但从发展状态来说，还是属于在夹缝中生存阶段。随着开源软件发展不断成熟，商业软件闭源模式越来越受到冲击。在开源软件与商业软件的博弈日益激烈的情况下，开源软件的商业化特点日益显现。自此，“自由软件”向“开源软件”演进。开源软件是技术层面的定义，即源代码是公开的；而自由软件则是知识产权许可层面的定义，即被许可人可获得源代码的自由。

因为要适应发展需要，商业赢利模式对开源软件知识产权保护提出法律可预期的新要求，以保障开源软件发展的稳定性。也就是说，开发者以开源的方式研发软件，并提供商业服务与推广，但是却不至于陷入法律纠纷的泥潭。所以，开源软件开始寻求知识产权法律制度的保护。这种法律制度的保护，典型的特征是不同的开源许可证相继出现，如 GPL、LGPL、MPL、Apache、BSD 等许可协议。因为开源软件的 GPL 等许可证，是基于著作权法等知识产权的许可制度而构建的。

随着时代的发展，经 OSIA 认证的开源软件的软件许可证已增加到七十八种。无论选用何种许可证，开源软件均无法摆脱与知识产权的关联。此阶段，显著特征是开源软件开发者可以去申请专利，或者主张著作权。虽然开源软件与商业软件都离不开知识产权制度，但是两者在价值追求和具体规则上还是存在很大差异。

19 徐伟.自由软件正当性的理由及其启示[J].重庆邮电大学学报,2009(9):37-41.

因此，开源软件通过许可证的方式放弃大部分经济权利，以推动开源软件商业化的发展。同时，以许可证的方式来约定权益，以确认其不至于面临大量的法律纠纷。也就是说，开源软件并不否认知识产权，而是在承认软件的著作权、专利权等知识产权的基础上，再去兼顾创新者和最终用户的利益。此阶段，开源软件已经从与知识产权制度明显对峙状态逐渐转为与知识产权制度兼容状态，进入了开源软件知识产权保护的 2.0 时代。

下面简要介绍几种影响深远的开源软件许可证，以解读 2.0 时代基于许可证的开源软件知识产权保护的情况。

（1）GPL 许可证。

GPL（General Public License）许可证是自由软件联盟 GNU 的开源软件许可证的一种，是开源软件领域最负盛名的一种许可证，也是对被许可人权利限制最严的许可证。

GPL 许可证要求代码开源或免费使用、引用和修改，以及衍生代码开源或免费使用，但不允许将修改后和衍生的代码作为闭源的商业软件使用，或进行再发布和销售。

开源软件的代表者 Linux 系统，遵循的正是 GPL 许可证协议。根据 GPL 许可证协议的要求，社会大众可以免费使用各种开源软件，包括商业公司的 Linux 和 Linux 之上由个人、组织以及商业软件公司开发的软件。由于 GPL 许可证要求使用 GPL 类库的软件产品必须使用 GPL 许可证协议。对于遵循 GPL 许可证协议开放源代码，商业软件或者对代码有保密要求的公司或部门就不适合集成或采用作为类库和二次开发的基础。

GPL 许可证确实是最充分地体现了“Copyleft”的自由精神的协议。但是，随着时代的发展，企业越来越发现遵循 GPL 许可证发布的开源软件，特别是 Linux 的商业模式带来了巨大的商业化发展障碍。

（2）BSD 许可证。

BSD (Berkly Software Distribution) 许可证，相对于其他开源软件许可证，特别是 GPL 许可证，可以算是对被许可人最“宽容”的许可证。BSD 许可证只要求被许可人附上该许可证的原文以及所有开发者的著作权资料。简而言之，BSD 许可证看重的是“名”，在“利”方面，BSD 许可证给予被许可者充分使用（包含商业使用）源代码的权利。

一旦开发者选择遵循 BSD 许可证，被许可人做任何他想做的事情，原始开发者都不会介意。只要被许可人在试用和销售与本源代码有关的产品时，不要忘记标明原始开发者的劳动。也就是说，只要标明了源代码的出处，被许可人可以将其用在自己的软件中，按自己的要求再发布或再许可。

BSD 许可证为开源软件，特别是作为学校、公共科研机构科研成果的开源软件转化为产品等充分利用敞开了大门。

（3）Apache 许可证。

Apache 许可证是著名的非营利开源组织 Apache 采用的协议。Apache 许可证和 BSD 类似，都鼓励源代码共享和尊重原作者的著作权，允许代码修改、再发布，作为开源或商业软件都可以。Apache 许可证需要满足的条件与 BSD 许可证类似，需要给代码的用户一份 Apache License。如果后续开发者对源代码进行修改，需要在被修改的文件中说明。在延伸的代码中需要带有原来代码中的协议、商标、专利声明和其他原来作者规定需要包含的说明。如果再发布的产品中包含一个 Notice 文件，则在 Notice 文件中需要带有 Apache License。也就是说，后续开发者可以在 Notice 中增加自己的许可，但不可以直接更改 Apache 许可证原有要求。

Apache 许可证属于商业应用极其友好的协议。使用者可以在需要的时候，通过修改代码来满足需要，并可以将后续开发的代码作为开源软件，抑或是商业软件进行发布或销售。比如，Android 手机操作系统是建立在 Linux 内核源代码基础上进行二次开发的开源操作系统软件，Android 手机操作系统遵循 Apache

许可证协议。

开源软件知识产权保护的目的在于维护以用户为核心的软件开发和传播自由。在满足开源软件许可证的前提下，开发者公布源代码，让用户直接阅读、维护、修改源代码，并允许自由分发、再分发和演绎。实际上，是向用户让渡软件作品的复制权和修改权。也就是，开源软件开发者可以通过契约将软件部分知识产权让渡给他人。开源软件开发者选择不同许可证，让渡权利的范围也不同。虽然开源软件在理念上有反传统知识产权法的历史，但是随着时代的发展，在行动上却最终选择寻求包括著作权、商标法、专利法在内的知识产权保护。这些保护与许可证协议（合同法）相结合，已经为开源软件建立一个类似商业软件知识产权保护的体系。

当然，即使在开源软件知识产权保护的 2.0 时代，还是出现了一些法律纠纷与争议。比如，软件开发者需要区分不同类型的许可证，也就是说，当企业想利用开源软件进行再开发或者开源其产品或服务时，需要理清诸多法律关系，需要处理不同许可证之间的冲突与兼容的问题。如果没有了解这些许可证之间的关联关系，可能会面临巨大的法律风险。在这个阶段，国际上出现了很多诉讼。总之，开源软件知识产权保护的 2.0 时代，从专利丛林变到许可证丛林。起初，开源运动是排斥许可证的，软件界率先反对知识产权保护，提倡自由。但没想到的是，解决了专利丛林的问题以后，又变成了需要处理开源软件的许可证丛林的问题。这一阶段，专利侵权、标准必要专利侵权、开源软件的纠纷结合在一起，情况极其复杂。

3.3 开源软件知识产权保护 3.0 时代

软件开发的复杂性使其在生产过程面临着大规模协作的问题，开源软件的开发也不例外。互联网是开源软件发展进程的重要组成部分，互联互通的网络，有效消除了软件开发的不兼容性和地理的差异性，使数以千计的开发者的参与软件的开发之中。当下，开源软件与商业软件共存于一个市场之中。开源软件的创新成本较低，具有低成本、高可靠性和稳定性的优势。但是，开源软件具有公共产品的性质，不能像商业软件一样定价和出售，于是在市场供给过程中

出现一些不规范的行为，比如搭便车。软件产业生产的规模经济特性以及网络效应，使得领先进入市场的厂商占据较大的市场份额，并利用对市场的控制能力，通过收购、掠夺性定价、排他性或捆绑等手段，为后续开发者在开源软件的开发设置障碍。

当然，随着开源软件的不断发展，在服务器操作系统市场，专有软件厂商很难阻止开源软件厂商的进入，开源软件厂商将会占据较高的市场份额，市场均衡表现为多寡头或双寡头的结构。在嵌入式操作系统市场，开源软件厂商有可能将商业软件厂商挤出，并最终占据统治地位。与此同时，开源软件也面临着新的发展问题，比如反垄断问题。

商业软件的知识产权保护是利用显性的权利进行显性的竞争。开源软件则是隐性的竞争，它不会直接向社会公众收费，看似只是开放、共享、兼容，但是未来会以服务为主导的商业模式而发展壮大。开源软件的商业模式是迂回的投入和持续的回报，必须要绑定正常的、没有质疑的许可使用费。因此，此阶段还需要研究开源软件知识产权保护的战略性问题，包括标准、协议、服务，关键是许可证。未来，开源软件许可证制度将会演变成超越了知识产权制度保护的范围。

总之，开源软件作为软件开发的一种商业模式正在日益成熟，改变着全球软件产业的格局，有力地促进了软件技术的传播与发展，并将成为未来软件产业开发的主要模式。开源软件相较于商业软件有诸多的优势，但是开源软件同时会给人们带来担忧，主要是对软件开发激励机制的破坏。在发展开源软件的过程中，需要找到其他的弥补激励机制的替代方法。相对于传统知识产权保护的客体，开源软件有着一些明显的不同，具有独特的优势，如软件的复制、修改、传播更加方便，为用户提供更加个性化的服务与产品。开源软件所带来的便捷，需要对软件的知识产权保护范围与程度进行限制，但是相较于传统知识产权客体的限制对社会公共利益的损害要小得多。当传统知识产权制度适用于开源软件领域会对社会公共利益造成更大的损失时，我们需要对传统知识产权制度做出适当调整。对于我国来说，开源软件需要依靠一种明确的知识产权体制，并围绕一套不同于传统知识产权保护的规定与目标，根据一系列许可证制

度而构建。开源知识产权体系的主要目标就是使软件正在进行中的使用、增长、开发和发布的优势最大化，并利用一套标准法律文件语言撰写的“许可”方式进行着、变革着。开源组织是自发的，其中大多数通常是非正式的，这导致了开源程序中技术理性不是决定性因素的主要原因。开源软件的协作问题是由于开源研发与创新过程中自发的大规模行为并行处理而产生的。技术理性可能是开源过程基础的一个必要部分，但却不够充分。因此，开源软件的知识产权保护制度需要许可证制度是不够充分的技术理性，需要以法治为开源软件产业发展护航。当然，开源软件知识产权保护制度也需要因时而动，顺势而变，以适应新时期的产业发展需要。毕竟，促进社会公共利益的发展并非只有向知识产权人提供尽可能大的人为激励机制才能实现。政府主管部门、行业组织、软件开发者以及使用者在考虑软件应如何保护的问题时，往往基于最大限度地扩大开发者的利益的标准。但是正如理查德·斯托尔曼（Richard Stallman）所说，判断的标准应当在于社会公共普遍的繁荣和自由、谁收益以及谁遭受损失、理由以及在多大程度上，都需要利益与理念的权衡。实现个人利益的最大化并不等于实现社会利益的最大化，因为一方利益的最大化往往减损了另一方的利益。

4. 开源软件著作权保护的焦点问题与策略分析

著作权是国家以法律来保护创作人的独占权益，以此鼓励创作人将创作公布于世，让其他人能够在其创作的基础上继续进行再创作。在历史的长河中，著作权保护机制促进了文化的交流和科学的创新，其制度设计初衷是赋予创作人短期的独占权利来换取长期的社会利益和经济收益。

然而，现行的《著作权法》以及《软件著作权保护条例》只要求软件权利人公开目标代码，并不要求其公开源代码。源代码是组成软件包的一系列指令。人们可以阅读、理解并修改和更改的语言。大多数商业软件厂商采用目标代码或者以“二进制”方式发布。由于“二进制”是计算机能够阅读并执行的一串“1”和“0”代码，但人却无法读懂。因此，开放“二进制”代码或目标代码并不能被大众理解、掌握、运用，其他人无法在原始创作者创作的基础上继续创作。即使软件的保护期限到达，其他人还是无法便捷使用、修改或者完善。所

以说,商业软件开发被聚合在公司内部或者开发者范围内部,不被公众知悉,结果导致使用者或者消费者处于不利地位,行业中出现了大型商业软件厂商垄断的现象。早期,微软在全球操作系统中的地位就是较为明显的例证。然而,开源软件却是权利人将源代码向社会公众开发。这种开放的源代码可以被社会公众或者是公司之外的程序员理解,并能够在此基础上进行再创新,编写新代码。因此,开源软件提倡共享、自由的精神,不仅没有放弃著作权保护,而是巧妙地利用现有的著作权制度来坚守开源的自由与创新理念,是一种传统著作权制度与时俱进与深刻反省。

4.1 开源软件著作权保护法律规定

计算机程序与传统著作权法所保护的客体,存在着较大的差异,后者主要是文学、艺术和科学领域在内容或形式上具有美感的智力创造成果,而计算机程序是由一系列指令代码所构成的。对于以何种法律制度对计算机软件进行保护,各国间存在较大差异。

多数国家不认为计算机程序属于著作权法保护的客体。然而,美国作为世界上的软件业大国,极力推崇将计算机程序作为著作权法上的作品予以保护。美国国会通过“96—517号公法”修订1976年的《著作权法》,增加计算机程序为著作权保护的对象。美国利用《伯尔尼公约》国民待遇原则和自动保护原则,将软件著作权保护模式推广到世界大多数国家。国民待遇原则和自动保护原则规定在《伯尔尼公约》第五条的第一款和第二款之中,即享有本公约保护的作品,作者在作品起源国以外的同盟成员国中享有该国法律现在给予和今后可能给予其国民的权利,以及本公约特别授予的权利。享有和行使这些权利不需要履行任何手续,也不论作品起源国是否存在保护。因此,除本公约条款外,保护的程度以及为保护作者权利而向其提供的补救方法完全由被要求给予保护的国家的法律规定。在美国大力影响下,各国逐步将计算机程序纳入著作权法的保护范围。日本在1985年通过国会立法,将计算机程序作为著作权的保护客体。《与贸易有关的知识产权协议》第十条明确规定以源程序或目标程序编写的计算机程序均应作为《伯尔尼公约》意义下的文学作品予以保护。数据或其他内容

的汇编，无论是采用机器可读方式或者其他方式，只要是其内容的选取或编排构成了智力创造，就应对其本身提供保护。1996年，为解决国际互联网环境下应用数据技术而产生的著作权保护新问题，《世界知识产权组织著作权条约》第四条规定：“计算机程序作为《伯尔尼公约》第二条意义下的文学作品受到保护，此种保护适用于计算机程序，而无论其表达方式或表达形式如何。”

就我国而言，《著作权法》第三条规定，本法所称的作品，包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品：（一）文字作品；（二）口述作品……（八）计算机软件。《计算机软件保护条例》第二条规定，本条例所称计算机软件，是指计算机程序及其相关文档。第三条第一项规定，计算机程序是指为了得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列，或者可以被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或者符号化语句序列。同一计算机程序的源程序和目标程序为同一作品。第八条规定，著作权人享有下列人身权利和财产权利：发表权；署名权；修改权；复制权；发行权；出租权；信息网络传播权；翻译权；其他应当由软件著作人享有的权利；许可他人行使其软件著作权，并获得报酬的权利。可以看出，无论是计算机程序的源代码，还是软件的目标代码都受著作权法保护。

相较于传统计算机软件的著作权，开源软件著作权的特殊性在于，权利人通过许可协议放弃一些权利，比如复制权、修改权，让被许可人无偿地复制、修改软件的源代码。但是，这种权利授予并不是毫无限制的，用户必须严格遵循许可协议的条件使用、复制或修改源代码。也就是说，开源软件的开发者可以通过许可协议将部分著作权，比如修改权、保护作品完整权以及复制权，无偿地授予愿意接受许可协议的人。大部分开源软件的许可证协议都规定，他人分发软件时应当尊重原作者具有人身属性的著作权。比如，保留著作权声明、不得擅自使用他人的姓名和商标；在修改源代码软件时，必须注明修改之人、修改之处及修改时间，以避免源代码的混淆及对原作者的不尊敬，并且使用时也要再以开源的形式进行发布。再比如，在著作权法中，向公众提供软件的源代码，属于软件权利人的“发表权”范围。软件权利人有权决定其软件是否公开发表、何时发表、在何处发表、以何种方式发表或者以哪种形式发表。开源软

件向公众提供源代码，是原创者或者权利人基于法律对其发表权所做出的选择。

开源软件和商业软件的区别还包括两者采用不同的商业模式。开源软件和商业软件都是以著作权法为基础，都应遵循著作权法的基本规则和法律的有关规定。

通常，软件公司会依照法律规定，在公司内部建立严格的知识产权管理制度，明确界定软件的著作权及相关权利的归属，避免出现侵权风险，发生法律纠纷。然而，开源软件的开发是一个长期积累的过程，通常是由一群彼此之间没有正式联系的人共同开发的，每个人都为最终的软件做一部分的贡献。这种特定的开发模式，加上较少的法律程序、措施和制度的保证，很容易产生开源软件的权利归属混乱的局面。与此同时，开源软件开发的参与者众多，由于没有严格的检验，也没有人为此提供担保。开源软件中包括其他企业商业软件闭源代码的现象也大有存在，较易出现侵权诉讼。

在市场经济中，产权明晰清楚是保证经济健康发展的基本条件之一。开源软件提倡软件最好由分散在世界各地的开发者自由“组合”在一起开发，这使得开源软件的著作权归属十分复杂。2003年，在美国发生的SCO诉IBM案，对Linux乃至整个开源软件运动产生了重大的影响。一旦企业违约的事实成立，Linux系统核心部分的合法性将会丧失，直接会波及全球所有的Linux用户。这种知识产权归属和复杂状况，将导致包括Linux在内的不少开源软件时时刻刻在全球范围内面临着被指控“侵权”的危险。

因此，著作权保护在促进软件技术创新、产品流通和使用，乃至整个产业发展起到了重要的作用。开源软件的发展也需要遵循著作权法的基本原则。即使万物互联的未来，开源软件的发展也需要在坚守著作权保护的精神与原则基础之上，再进行适度的变通。

4.2 开源软件著作权保护的焦点问题与应对策略

相较于传统计算机软件的著作权，开源软件著作权的特殊性在于，权利人可以通过许可协议放弃一些权利，比如复制权、修改权、发行权，但用户必须

在遵循许可协议的条件下使用开源软件。开源软件的权利人通过许可协议，将部分著作权（修改权、保护作品完整权以及复制权）无偿地授予愿意接受许可协议的人，但开源软件的著作权人依然享有著作权法所赋予的其他权利，比如署名权、原始代码的发行权等，并享有处置这些权利的自由。所以，并不能因为开源软件是免费的或者收取少量成本费用，就认为其不享有著作权保护。大部分开源软件许可证都规定，他人分发软件时应当尊重原始开发者的具有人身属性的著作权，比如，保留著作权声明、不得擅自使用他人的姓名和商标。在修改源代码软件时，必须注明修改之人、修改之处及修改时间，以避免源代码的混淆及对原作者的不尊敬，并且使用时也要再以开源的形式再发布。若不遵守开源许可证中的条件，开源软件的著作权人就有权要求对方停止复制、修改、发行等行为，并进而要求对方承担侵犯著作权的责任。可以说，开源软件著作权保护的核心问题是许可证制度。采用的许可证制度不同，原始权利人让渡的权利范围也不同。

起初，开源软件对现行的知识产权法律制度持“怀疑”或“对抗”的态度，号称“Copyleft”，以表示是著作权 Copyright 的相反方向。但现实证明，开源软件难以游离于知识产权法律制度之外。无论是选择 GPL 许可证，还是选择 BSD 许可证，抑或是选择其他许可证，所有开源软件都是以著作权法作为其发展的基石。因此，开源软件仍旧需要遵循著作权法等知识产权法律的基本规则。而如何妥善解决这些矛盾和问题，是包括开源软件界和法律界必须面对的课题。现阶段，开源软件著作权保护的焦点问题主要有以下几种类型。

4.2.1 开源软件的著作权属问题

开源软件的兴起离不开互联网的高速发展。互联网具有参与者众多、传播速度快以及获取资料便捷的特点，能够促进国内众多企业和软件开发爱好者深度参与开源软件开发与传播。与此同时，这种大规模分布式创新也使真正的著作权人在追究侵权责任时变得困难。一方面，由于参与者数量大、匿名程度高，确定具体的侵权行为人变得困难；另一方面，若后续开发者修改的源代码极易出现源代码的著作权瑕疵，使得确定真正侵权责任变得困难。比如，基于 Apache 许可证而开放源代码的后续开发者，可以将自行开发的源代码申请著

作权保护，使得这一创新部分为闭源代码。当侵权人选择将代码完全闭源的情况下，原始开发者很难找到其侵权的证据，有时甚至需要启用大量的资金和时间、技术进行反向破译。即使找到了某一具体的责任人和明确的证据表明其使用或者修改代码侵权，但是如何确定侵权赔偿数额也非常困难。

开源软件也存在着核心功能与辅助功能的区分。后续开发者修改源代码的不同地方，所带来的影响也不同。比如，可能会出现这种情况，即行为人仅使用或修改很少一部分的代码，却影响着开源软件核心技术的构建；也可能出现，改动了大部分代码而没有影响其核心技术框架，对权利人的影响微乎其微。如何辨识代码使用或者修改对权利人造成侵权损害，这对权利人举证以及法院认定都提出非常高的要求。可以说，无论是确定侵权人、举证，还是最终赔偿额的确定，都使得开源软件的权利人在面临开源侵权的困境时难以追责，加之以开源许可证作为著作权保护的非强制性，市场上有关开源软件的侵权问题并不少见。

开源软件由于源代码开放，参与开发者众多。可以说，每一个经过流转而得到改进的开源软件都属于合作作品。通常，开源软件许可证会要求参与者在发布作品时声明自己对程序所做的修改，后续开发者在进一步修改时可以由此明确自己和上游开发者对进一步产生的作品共同享有权利。虽然从中分享经济收益的权利可能因开源许可证的规定不再享有，但对新程序享有相同的控制权，都会被视为新程序的作者。开源软件开发模式的特殊性，并不影响认定参与开发者对软件的实质性创作贡献。

我国《著作权法》规定：“二人以上合作创作的作品，著作权由合作作者共同享有。合作作品可以分割使用的，作者对各自创作的部分可以单独享有著作权，但行使著作权时不得侵犯合作作品整体的著作权。”开源软件合作作者众多，每个开发者就各自创作的部分都享有著作权。

但是，按照 GPL 等许可证协议开发的开源软件，除了原始开发者以外，其他后续参与开发的人员，只是一个被许可者，以及下一轮许可者。无论其开发的贡献有多大，都不是真正意义上的著作权所有者，即不能对其开发部分行使著作权，更不能对该软件整体充分行使著作权。从另一个角度来分析，开源软

件又可归属于著作权法中的演绎作品。

在 GPL 等开源软件许可证的约束下，开源软件的众多演绎作品的开发者除了可以在其演绎作品上表明身份之外，再也没有任何支配权。从这个意义上来说，除了开源软件原始许可证颁发者之外，任何其他参与开源软件开发的人都不是真正意义上的著作权所有者。

如果原始许可证颁布者单方面撤销或者修改许可证，那么后续的开发，无论是作为合作作品的作者，还是作为演绎作品的作者，都处于十分尴尬的地位。因此，开源许可证制度还需要进一步与知识产权制度结合，使其能够在法律的轨迹上规范、可持续地发展，并逐渐壮大。

4.2.2 多次研发过程中出现瑕疵代码问题

在开源软件的原始权利人之外，对源代码进行修改和再发布的贡献者数量也非常庞大。对于手机这样的移动终端，开发人员对程序代码的优化、精减等操作更加频繁。如果在先开发人员未能标明修改、完善的出处，则后开发者无法辨别该段代码是否存在权利瑕疵。这种情况下，对于后续进行操作系统开发的企业而言，其操作系统的代码中被混淆了含有权利瑕疵的代码段，将会面临侵权风险。

2003 年 3 月，SCO 公司在美国犹他州盐湖城第三区法院对 IBM 公司提起了诉讼，声称对 Linux 中继承了 UNIX 操作系统中部分功能的源代码拥有著作权。如 SCO 公司指控 IBM 公司的违约事实成立，IBM 公司对开源软件组织所做的代码贡献就失去了法律基础，Linux 系统核心部分的合法性将丧失，直接波及全球的 Linux 用户。

2010 年 10 月，Oracle 公司以 Android 系统侵犯其 Java 合法著作权为由，向美国加州联邦法院提起针对 Google 公司的知识产权诉讼，并公布了侵权代码的对比结果。在诉讼过程中，Google 公司回应，Android 系统对 Oracle 公司相关知识产权的使用属于著作权的合理使用范畴。即使 Android 系统中包含了受著作权保护的 Oracle 公司的合法权利，其责任也不一定能归到 Google

公司身上，因为相关代码的使用很可能是由第三方开发者做出的，Google 公司对此并不知情。美国法庭经过初步审理，认定 Google 公司在开发 Android 系统过程中使用了 Oracle 公司 Java 软件的部分代码，该案件最终以法庭判决 Google 公司未侵犯 Oracle 公司著作权而告终。Google 公司的合理使用主张获得了支持，从而避免了巨额赔偿。2014 年 5 月，案情出现反转，联邦法院判定 Oracle 公司获胜，联邦法院的这一裁决推翻了下级法院在两年前做出的关于“API 不受美国著作权法律保护”的判决。上述法庭的判决意味着，这些 API 有可能会被著作权法保护，两年前下级法院的“不被保护”的裁决是错误的。因此，Oracle 公司有获胜可能。在上述案件中，Google 公司对 Android 系统中是否包含了受著作权保护的 Oracle 公司的合法权利并不知情。在软件的多次开发行为中，若使用了具有权利瑕疵的代码，也很可能是由第三方开发者做出的。

在我国，存在着多家从事手机系统深度定制开发的企业。对于这些企业而言，若其定制的操作系统代码中，被混淆了含有权利瑕疵的代码段，则同样面临着被诉侵权的风险。同时，国内开发的手机操作系统大部分是基于 Android 系统进行修改的，而谷歌公司对于 Android 系统的著作权是否存在瑕疵以及是否需要 Oracle 公司进行赔偿，也影响着国内手机系统深度定制企业的直接利益。在这种情形下，国内的企业面临着较大的著作权风险。

开源软件的优势在于可以利用其他开发者已经开放的源代码进行利用或再次开发。在实践中，源代码多次开发过程中存在权利瑕疵的情形较为常见。原因是有些开发者匿名将侵权代码予以发布，其他的开发者在不知情的情况下予以利用。因此，对于开源软件代码进行修改或者使用的行为，应区分其为主观是否存在恶意。若是恶意对开源软件代码进行修改或者使用的，应承担相应的侵权赔偿责任；若非恶意行为，使用瑕疵代码、匿名代码或者修改代码而侵权的行为，应该立即停止侵权行为，或者支付适当的赔偿后不予追究责任，或者向权利人支付相应的使用费用，继续使用上述代码。

4.2.3 发布软件或修改软件时没有标注著作权相关信息

开源软件许可证要求对软件进行原始发布或再发布要以显著的方式标注著

作权人的相关信息。未遵守上述要求，不仅违反了许可证的契约精神，也侵犯了著作权人的署名权。

2006 年，Jacobsen 起诉 Katzer，声称后者的软件没有遵守开源协议标明源代码的出处和作者信息，要求法院认定这是侵犯著作权行为。原告 Jacobsen 是 Java JMRI 接口（Java Model Railroad Interface, JMRI）的计算机软件程序开发小组的管理者，研发了一套名为“DecoderPro”的软件程序，专门让相关用户能够直接运用计算机来操纵其模型火车之中的内建译码器芯片（decoder chip），从而可以让整个模型火车进行不同运转。

程序是以开源许可证的方式放置在一个名为 SourceForge 的网站，供其他的使用者无偿下载。在提供大众自由下载的程序版本中包含一段关于著作权的说明文字，且在供用户下载的字段中明确标示了“使用者同意以技术许可的方式来下载或散布”。被告 Katzer 开发了一套名为“译码指挥官”（Decoder Commander）的软件程序。被告在开发此软件的过程中，其一名软件工程师或雇员被指控下载了原告的软件套件，并将其中的定义档和其他部分程序纳入了“译码指挥官”（Decoder Commander）的软件之中。

原告主张被告在使用原告的定义档时没有符合关于许可的要求，从而构成对其著作权的侵权行为，主要是因为没有标注：①原始作者的姓名；②JMRI 的著作权说明；③其许可内涵为技术许可以及出处；④JMRI 或 SourceForge 为其定义档的原始来源；⑤其程序代码是如何从原始码予以改变等。法院最终驳回上述请求，认为上述行为仅仅是“违反使用权转让协议”，而非“侵犯著作权”。2009 年，美国联邦上诉法院在判决中第一次承认开源协议是一种著作权协议。法院认为违反上述开源协议就是侵权行为，Jacobsen 获得应有著作权人的署名权。

开源软件由于其免费和易于修改的特质，面临着越来越多的著作权侵权诉讼。因没有标注著作权人信息，从而引发开放源代码软件著作权纠纷进入中国视野的标志性案例——“绿坝”涉嫌抄袭案。开发者抄袭开源代码并加以拼接修改，删除原作者信息就直接冠以自己的名义，享有软件著作权并进行发售的

情况，时有出现。

随着互联网的快速发展，很多软件的创作都是在网络上完成的，众多人都可以参与，由于网络的匿名性造成软件的权利人难以确定，侵权问题就时有发生。开源软件的署名权既是一种权利，更是一种义务。因此，企业应遵守开源软件的许可证协议，尊重所有开发者的署名权。署名权是开源软件中的重要权利，使用者在利用开源软件基础上再次开发时，应遵循相应的许可证协议，做到尊重原始开发者的署名权及其他有效的权利。对于存在几个开发者共同开发的软件，每个开发者就自己修改的部分根据所遵循的许可证享有相应的著作权，后修改者按照许可协议的约定保留在先权利人的相关信息。

以 Android 手机操作系统为例，对于我国公民、法人或其他组织，其研发的 Android 系统，不论是否发表，都受到我国著作权法的保护。国内的小米 MIUI、魅族 Flyme、乐蛙等 Android 系统研发团队对 Android 系统的研发成果受到我国著作权法的保护。对于外国人、无国籍人，根据是否与我国签订协议或者共同参加国际条约，分为两种情况：若双方签订有协议或共同参加了国际条约，则按照协议或条约，其编译的 Android 系统的著作权受到我国著作权法保护；若没有签订协议，也没有共同参加国家条约，只要符合相关条件，外国人、无国籍人的作品也可以受到我国著作权法保护。

开源软件起源于对软件著作权法的一种对抗，但开源软件的延续和发展同样需要著作权法的保护。没有著作权法的存在，开源软件授权方式也就无从谈起。开源软件的精神是让每一位代码的修改者的署名权都能得到保护，也让开源软件有继续向下延伸和传递运动的可能性。开源软件的开发者的多是“义务劳动”，他们的参与动机更多的是爱好和精神追求，人身意义上的“著作权”对他们而言有非常大的创新激励作用。

4.2.4 开源软件与商业软件之间的兼容性问题与应对策略

在互联网技术广泛应用的今天，软件正走向更加丰富、更具活力，同时也更具竞争性的全面市场。在这样的一个市场中，针对不同的需求和功能，需要各种不同的产品和服务，也催生了开发和流通模式的多样性，而且没有哪种模

式天生比别的模式更强大。在这样的一个多样性市场中最终得益的是广大用户。开源软件的商业化、商业软件有条件地“开放源代码”，不但使两者在软件市场上并存，而且出现了某些融合之势。

目前，已经出现同一个信息系统中既存在商业软件又存在开源软件、同一个软件企业既经营开源软件又经营商业软件的情况。比如，CA 公司经谨慎考虑后，决定将 Ingres 和 KGEM 转为开源软件，同时促成这两款软件与 Jboss 和 Zope 协作。更有甚者，巴黎的 ISV Plone 公司和 MySQL 对同一软件采用了既提供商用的使用许可，也能以 GPL 形式免费提供使用许可。目前，开源软件与商业软件之间的兼容性问题主要有以下几种。

(1) GPL 许可证对开源软件商业化的障碍。GPL 许可证是开源软件中最重要地、最充分地体现开源软件“自由”精神的许可证。与此同时，GPL 许可协议给 Linux 等商业应用带来了较多的困难，其突出表现在 Linux 产品缺乏商业赢利模式。

为了克服 GPL 许可证带来的发展困难与障碍，Linux 等开源软件厂商正在探索多样化的商业模式，比如，Linux 等开源软件在企业级和行业应用中提高服务等附加费用。通过与独立软件开发商、系统集成商、硬件制造商及服务提供商等联合，增加他们的商机和市场，以获得间接利润。再比如，随着智慧家电的不断发展，嵌入式软件拥有巨大市场需求，Linux 等开源软件的源代码开放便捷和免费特征，使其在嵌入式软件领域拥有广阔的发展空间。

(2) 选用 BSD 等许可证时如何实现开源软件商业化问题。BSD 许可证模式为开源软件的商业化应用提供了很好的便利。与 GPL 许可证不同，遵循 BSD 许可证协议的软件不需要一定在 BSD 许可下再进行发行。BSD 许可证允许他人使用、修改和再发行软件的源代码和目标代码，允许他人将原软件和自己的源代码结合推出新的产品，派生的软件作品可以开源方式，也可以传统的非开源的商业软件方式发行。BSD 许可证模式非常便于软件企业将其发布的开源软件成果转化成市场所需要的产品，在商业化或赢利模式方面几乎没有障碍。另外，BSD 许可证模式不排斥商业软件，有利于软件之间特别是商业软件之间的兼容，有利于相关开源软件本身应用领域的拓展。

随着开源模式逐渐成熟，在商业利益的驱动下，开源软件与商业软件竞争呈现出越来越激烈的态势，在操作系统、中间件和应用软件等领域随处可见。操作系统（Operating System，OS）是管理和控制计算机硬件与软件资源的计算机程序，是直接运行在“裸机”上最基本的系统软件。其他软件都必须在操作系统的支持下才能运行。也就是说，操作系统位于底层，用于计算机自身管理、运算和维护，以及对用户程序的翻译、装入、编辑和运行的程序。应用软件（application software）是和系统软件相对应的，用以解决实际问题，是用户可以使用的各种程序设计语言，以及用各种程序设计语言编制的应用程序集合。当大型应用软件在各不相同的分布式网络上运行的需求越来越突出时，中间件应运而生。中间件介于系统软件和应用软件之间，为了更好地开发和应用能够在异构平台上运行的应用软件，系统软件、中间件以及应用软件之间存在着不同的层次和功能。软件的多层次的特点，使得开源软件和商业软件可能同台运作。为使开源软件更具有市场竞争力，企业在应对商业化发展的过程中，需要解决软件的兼容性问题。开源软件并不排斥与商业软件结合，比如在开源的操作系统上运行闭源的商业软件：比如 Android 手机操作系统采用 GPL 许可证协议时，用户可以为了任何目的运行该程序，并有权将自己的改进代码向社会公众公开。若手机制造商在 Android 系统之上再进行创新，且选择遵守 Apache 许可证协议时，允许开源代码与其他非开源软件代码进行混合，并不必须要求公开修改后的程序代码。也就是说，在 Android 系统底层开源代码之上与在开发者开发的软件代码结合，而不公开再开发的程序代码。此情况会出现于代码开源部分与不开源部分共存于一个操作系统之中情形。

与此同时，不少商业软件厂商在开源模式的冲击下，开始调整软件经营模式。一些企业既经营开源软件，也经营商业软件；另一些企业将重心从商业软件转移到开源软件。在市场上，开源软件的所有者越来越多因他们的工作而获得报酬，而商业软件的所有者也开始公开源代码以接受公众的仔细审查。在技术层面上，开源软件与商业软件的关联程度很高，两者并非泾渭分明。随着时代的发展，商业软件、开源软件以及以服务为导向的软件等多种软件模式共存，相互借鉴，相互转化，甚至融合。在这样融合的态势下，开源软件和商业软件结合产生交界点，既有利于软件的技术创新，而且会带来更高的市场效率，形

成可供消费者多种选择的软件市场。

随着开源软件与商业软件之间的技术与商业模式的融合程度越来越高，不同许可证之间兼容与冲突的问题开始出现。目前，开放源代码首创行动组织（OSIA）批准的软件许可证多达 78 种。不同的许可证对软件再开发是否需要开源、对著作权的让渡均有不同的规定。如果一种开源软件操作程序中包含来源于不同许可证的代码，则会出现许可证的兼容问题。因为一个操作系统程序中若包含多种许可证，则应满足所有许可证的要求。但是多种许可证在一起，极易出现许可证之间冲突的情况。如何适用具有平等法律效力的许可证，影响着开源软件兼容与可持续发展。

同时，从著作权保护角度来看，开源软件和商业软件保护路径存有差异。当开源软件和商业软件结合产生交界点，著作权如何保护呢？是坚守传统商业软件知识产权保护规则，还是遵守开源软件的许可证制度呢？

一般而言，权利保护和源代码控制的前提是源代码的界限清晰。也就是说，开源软件与商业软件的混合经营，要求软件许可证条款制定的更加严谨，并明确衍生作品的著作权归属。然而，开发者选用不同的许可证，开源软件以及允许他人对开源部分进行再修改的程度也不同。为了避免冲突与兼容性问题出现，在开源代码基础上进行再创新，并选择保持代码封闭时，应当选择较为宽松的许可证，避免融合程度过高，侵犯他人著作权。若无法回避许可证之间的冲突，应当采取简单的编程接口连接，降低程序代码运行时的融合程度。但是，这种理想的状态很少出现。在实践中，开源软件选用不同许可证存在的著作权问题主要有以下几种类型。

一是开源软件基础上的“增强版”与开源软件原创开发者之间如何确定两者著作权的相关权益？还是以 Android 系统为例，比如开发者采用 GPL 协议开发 Linux Kernel，后续开发者选用 Apache 许可证协议，编写上层运用程序，且选择将源代码不开源。若 Android 手机底层原始开发者要使用后续开发者不开源部分的代码，会出现著作权争议的问题。此时，应该如何处理呢？一般来说，后续开发者编写新代码，且将代码闭源，应享有著作权。若原始开发者要使用

后续开发者所享有著作权的闭源代码，需要获得相关的授权。但是，此种情况下，后续开发者获得权利毕竟是建立在原始开发者创造、创新基础之上的。按照传统商业软件著作权保护的规定，后续开发者可以通过授权许可原始开发者使用软件，但是需要支付高额许可费，或者后续开发者享有不授权原始开发者使用的权利。此种情况下，完全坚守传统知识产权制度违背了开源软件的自由、开放精神，于理不合。因此，当开源软件与商业软件交叉存在一个系统之中时，建议以契约许可的方式，收取费用后授予原始开发者使用权。在特定情形下，允许原始开发合理使用后续开发的源代码。

二是第三方机构或者企业使用或者优化开源软件“增强版”时，而引发软件开源部分与后续开发者闭源部分的整体改动，此时出现的著作权争议如何处理呢？在此种情况下，涉及闭源部门的代码完整性问题。一般来说，若第三方出于商业目的而部分使用或者全部使用开源部分的代码，但是却对增强部分源代码的完整性造成破坏，在此种情况下，建议通过协商的方式获得授权。但是，在市场竞争的关系中，也较易出现后续开发者不愿意将自己研发的源代码使用权授予第三方。若第三方与后续开发者协商不成，未能获得后续开发者的许可时，则需要兼顾创新发展与规范发展的原则，分不同情况进行处理。若第三方出于商业目的部分使用或者全部使用增强部分闭源代码，且有利于行业创新发展，提升用户体验，可以参考强制许可的方式处理。若第三方处于商业目的部分使用或者全部使用增强部分闭源代码，并未利于行业创新发展，或没有提升用户体验，建议尊重知识产权制度的使用许可要求与条件。

总之，开源软件许可协议本质上是一种著作权让渡协议。开源软件的权利人虽然让渡了一部分人身权和财产权，但仍受著作权法保护。开源软件的使用者、开发者，在利用已有的开源软件开发新的软件时，也可以进行前期留证，比如将软件加盖时间戳，用以确认自己的著作权范围。在软件著作权登记时，区分好开源软件与商业软件的界限，做好记录。必要时，对开源软件所涉及的所有开源许可证协议以及对有著作权的软件进行的改编都进行详细的登记。一旦发生软件著作权争议，作者可以凭借《软件著作权登记证书》主张自己的权利。

5. 开源软件专利权保护的焦点问题与策略分析

与著作权相比，专利权侧重对设计思路、实现方法、解决方案等理念性思维的保护。专利的保护期短、保护力度大，并需要将软件技术进行公开。计算机软件专利制度保护的优点是专利权是一种绝对权、对世权，且专利保护延及过程和方法，保护力度远强于著作权，对技术具有更强的垄断性。软件的专利不但对商业软件有重要影响，对开源软件的影响也是绝对不可忽视的。

2004 年，美国开放源码风险管理公司（OSRM）公布的调查结果表明，以 Linux 为对象引发的专利侵权纠纷共有 283 件，这些专利中 IBM 有 60 件，HP 有 20 件。红帽（Red Hat）等公司的部分专利持有人已向 Linux 阵营授权，其他专利持有人也有表示不提出专利要求。但是，由于美国的专利保护期长，不排除时机成熟或者出于某种需要，任何一家或几家公司的专利权人对 Linux 启动多项涉及核心的专利侵权诉讼。Linux 大批开发者、经销商、使用者将会受到重创。毕竟，Linux 在专利方面面临着难以回避的风险。

5.1 开源软件专利权保护的法律规定

开源软件一开始就对专利保护采取排斥和抵制态度。理查德·斯托尔曼（Richard Stallman）的 GNU 计划书中指出“自由软件面对的最大威胁就是软件专利”。当一个不受 GPL 许可证协议约束的第三人拥有某项软件专利时，开源软件的原始开发者或后续开发者在程序上或其他衍生作品上一旦使用了这项技术，将不可避免地面临专利侵权的风险。

在美国，软件专利保护经历了三个阶段，即拒绝保护、认可专利性和扩大保护三个阶段。第一阶段，拒绝保护软件的专利权（20 世纪 50—70 年代）。按照美国《专利法》第 101 条规定：“任何人发明或发现任何新且实用的工序、机器、制品或物质组合，或由其生产的任何新且实用的改良，依本法所规定要件，应当享有权利。但是，自然规律、物理现象及抽象概念不在保护之列。”1966 年，由科学家、学者、计算机产业代表以及专利商标局局长组成的专家特别委

员会发布报告——《计算机软件专利性质》指出：计算机软件不应得到专利保护，原因在于计算机软件包含有数学算法。算法近似于自然法则，不属于美国《专利法》保护的客体范围。第二阶段，承认软件的可专利性（20 世纪 80 年代）。1981 年，美国联邦最高法院在 *Diamond v. Diehr* 案中认为，利用数学公式和编程的计算机软件协助完成橡胶合成的方法符合规定，可获得专利保护，并且强调“当一项含有数学方法的权利要求书是将该数学方法运用于某一结构或方法之中，该结构或方法作为一个整体来考虑，具有专利法应当保护的功能，那么这项权利要求就满足了《专利法》第 101 条的要求。”至此，计算机软件具有可专利性。第三阶段，进一步放宽条件予以保护软件的专利。1998 年，美国联邦巡回上诉法院在 *State Street Bank 、Trust 和 AT&T* 案中做出判决，认为“如果权利要求中所用到的数学算法产生了有用、具体化及有形的结果，则该权利要求的主体具有可专利性。确立并强化了其商业方法的可专利性，包含算法的方法专利权利要求，只要能实际运用并产生有用的结果就可以获得专利，不一定要物理转换”。该判例确认了对计算机软件予以专利保护规则。

欧盟各国对于软件是否能申请专利一直存有争议。《欧洲专利公约》第 52 条第二款规定，计算机程序不属于发明的范畴。2002 年，欧洲执行委员会分别向欧盟理事会和欧洲议会提交了《计算机程序可专利性指令》，指出计算机软件可以成为专利保护的客体。基于对欧盟软件产业发展现状，以及开放源代码运动在欧盟国家迅速发展的形势来考虑，这部法案最终并未获得通过。但是，部分国家仍然承认软件的可专利性并逐步扩大了保护的客体范围。日本在 1996 年提出了“与计算机软件有关发明的审查基准”，允许将存储在计算机软件的存储媒体以产品发明形式申请专利。

在我国，根据国家知识产权局 2010 版《专利审查指南》第九章关于涉及计算机程序的发明专利申请审查的若干规定中的相关内容可知，我国专利审查中的计算机程序本身是指为了能够得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列，或者可被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或者符号化语句序列。计算机程序本身包括源程序和目标程序。另外，《专利审查指南》针对计算机程序，具体列举了几种能够授予专利权以及

不能授予专利权的情形。

世界各国对计算机软件是否具有可专利性以及可专利性范围的争论，从侧面反映了各国软件行业的发展状况。美国从否认软件的可专利性到积极承认软件可专利性的态度转变，实质上是与美国软件行业的迅猛发展密切相关。软件专利保护问题不仅是各国谋求软件行业发展间的博弈，更是开源软件同传统商业软件之间的博弈。在全球范围内，对开源软件可专利性的承认和可专利性范围的扩大已经成为一种趋势。

5.2 开源软件专利保护的焦点问题与应对策略

起初，开源软件开发者对专利持以排斥和抵制的态度。因为基于专利保护，其他独立开发的软件，只要包含获得专利技术的一部分源代码或者全部源代码，就会被认定为侵权了专利权。专利保护与专利许可授权是开源软件产业发展的一个巨大绊脚石。如果允许对开源软件授予专利，则大部分开源项目就根本没有办法实施。因为对软件的使用、修改、完善都会使用其他软件的源代码，都会被认定为侵权行为。因此，在大多数情况下，开源许可证明明确禁止专利许可授权。但是，随着时代的发展，开源软件的可专利性越来越得到认同。当今世界上，软件专利潮流是开源软件难以回避的问题。目前，开源软件专利权保护主要面临以下问题。

5.2.1 开源软件许可证专利权的法律风险

早期，开源软件的许可证制度与专利权保护之间有着不可调和的矛盾。毕竟，开源软件的精神是自由、共享，而专利权的精神却是独占、独享。从许可证的规定上来看，开源软件是绝对地排斥专利权。即便开源软件许可证赋予了使用者自由使用、修改和再发布开源软件的权利，但是后续开发者通过专利权的保护排斥原始开发者对开放源代码享有的相关权利，仍然无法被接受。

绝大多数的开源许可证协议规定，申请软件专利的主体是软件的开发者。比如 GPL 许可证协议在第 2.0 版中指出：“由于开源软件受到软件专利方面的威胁，因此要求取得授权的使用者不得以个人名义将开源软件申请为专利，并使

其成为个人的私有产品。”为了避免这一情况的出现，GPL 许可证协议明确要求：“任何一个使用者都不允许申请专利，这是取得 GPL 许可证的前提条件。”但是，这也说明开源软件在专利权问题上是以回避的态度面对这一威胁的。

随着新形势的变化，GPL 许可证协议 3.0 版规定：“开源软件的开发者或修改者，在后续的使用者对源代码进行修改时，有提供专利以便利他人修改的义务。试图以申请专利的方式阻碍开源软件的修改，将剥夺这些申请专利者开源许可证的有效性。”上述规定，出于对被侵权者权利制衡的考虑，但这一具体措施在实践中并不完全顺利²⁰。

在我国，《专利审查指南》第九章规定：“如果发明专利申请只涉及计算机程序本身或者是仅仅记录在载体例如磁带、磁盘、光盘、磁光盘或者其他的计算机可读介质上的计算机程序，就其程序本身而言，不论它以何种形式出现，都属于智力活动的规则和方法。”由此可知，单纯的代码在我国无法获得专利。这样的规定，会出现后续开发者或者相关人员将在线的开源软件与自己硬件结合后，再去申请专利来对抗开源软件权利人的情况。比如，不受 GPL 许可证协议约束的第三人拥有某项软件专利，开源软件的原始开发者或者后续修改者在程序上或者其衍生作品上使用该软件时，会出现 GPL 协议无权约束专利权人的情况。若开源软件在专利权保护的范围内进行发布，可能会出现专利侵权现象。我国《专利审查指南》规定：“软件并不能取得专利，但他人可以利用申请在先原则，通过开源软件与硬件相捆绑的形式申请专利。”这样一来，对开源软件的开发而言，显然是不利的。

另外，开源软件的再发布者以个人名义将软件的某项技术获得专利，事实上将开源软件变成“死水”。根据 GPL 许可证协议可知，或是申请专利后允许任何人自由使用，或者不准许申请专利。因此，若软件开发者申请专利，可以在专利授权后放弃权利，或者以合理适度的方式授权他人使用；在必要情况下，建立增加强制许可条款；对于开源软件的原始开发者或软件专利申请之前的修

20 杨佳.武夷山.美国软件助力制度发展脉络的研究[J].科技管理研究,2006(9).

改者，可以免费使用。

5.2.2 开源软件专利代码审查难题

开源软件的开发难以局限于一个国家或区域。世界各国对软件专利的态度以及审查标准存在着极大的差异。有些国家对软件专利持否定的态度，有些国家对软件专利却提供了宽松的审查标准。由于专利制度的独立性以及开源软件的国际化，预见和防范在全球范围内的专利风险非常困难。

在我国，专利制度实行申请在先原则。即使开源软件被控专利侵权的技术是在先技术，也无法如美国法律适用的以专利无效抗辩来确定。根据我国《专利审查指南》第九章“涉及计算机程序的发明专利申请审查的若干问题”的规定：“如果发明专利申请只涉及计算机程序本身或者是仅仅记录在载体例如磁带、磁盘、光盘、磁光盘或者其他的计算机可读介质上的计算机程序，就其程序本身而言，不论它以何种形式出现，都属于智力活动的规则和方法。”由此可知，单纯的代码无法取得专利。因此，很有可能会出现利用开发在先的开源软件与硬件结合后申请专利来对抗开源软件原始开发者。

从许可证的规定上来看，开源软件绝对地排斥专利权。在实践中，软件专利享有专利独占权，且不必按照专利文献必须“充分公开”源代码。由于开源软件在投入市场前，没有专门机构对其进行严格审查，导致在源代码中擅自使用他人获得专利权的代码的现象时有发生。与此同时，开源软件在申请专利的过程中具有特殊之处，比如源代码并不对外公布，而其中包含的开源软件却是人人都可以随意获得，意味着软件厂商或第三方开发者能够轻易获取开源代码。从而在专利战中，开源软件所有者与软件厂商、第三方开发者之间处于不太对等的地位。另外，开源运动实现了无国界的分工合作，开源软件的传播几乎毫无限制。各国的知识产权法律却没有跟上技术同质化的趋势，不同的国家有不同的规定。虽然开源软件的用户遍布世界各地，然而各国对同一开源软件是否存在侵权的判定缺乏统一性。基于以上原因，我国开源软件的发展面临着源代码专利审查难的问题。

2011年, Oracle公司向美国法院起诉Google公司在其Android操作系统中侵犯了Oracle公司享有的专利权。微软公司也就这一诉讼表示支持Oracle公司。Oracle公司诉称Google公司在Android操作系统中使用Java技术需要获得Oracle公司的技术授权。Google在构建Android系统时, Oracle诉称Google侵犯其七项基础性专利, 并指出这些侵权是有意地“抄袭”了大量受著作权保护的劳动成果。Google公司将Java技术进行改编, 用于开源操作系统——Android系统, 就意味着原本享有专利保护的Java技术代码能轻易被大众获知。若Oracle所称专利成立, Android操作系统就确实侵犯了部分Java代码专利权, 则余下的问题就是Google需要支付的大量侵权费用的问题。

私有软件的开发往往会采取一些技术措施来保证软件知识产权, 比如建立知识产权检索制度、利用“净室”来开发软件等。然而, 开源软件的开发没有这样的机制。当用户得到一个开源软件时, 不知道其中是否含有侵权代码。同时, 开源软件源代码向社会大众公开, 更是有利于竞争对手搜集侵权证据。在实践中, 商业软件专利享有独占权, 且不必按照专利文献必须“充分公开”源代码。就目前存在的专利权纠纷可以看出, 容易使开源软件陷入专利纠纷。因此, 建议鼓励软件开发者申请专利, 获得后放弃权利, 或者以合理适度的方式授权他人使用其专利权, 这种情况下可以充分利用合理使用的条款; 在必要情况下, 设立强制许可条款, 因在先技术检索困难, 可以及时启动专利重新审查程序。在特定情况下, 开源软件开发者或使用人、所有者使用侵权代码, 在追究其责任时应当予以适当的减免。当然, 在开源社区里构建一个云端电子取证技术平台, 也是为方便检索源代码是否获得专利的一种有益尝试。

5.2.3 开源软件专利交叉许可问题

专利交叉许可(Cross Licensing)是指在产品生产过程中, 由于需要对方的专利技术, 同时对方对本企业的专利技术也有需求的条件下, 基于谈判的约定, 有条件或无条件地互相授权使用专利技术的情形。这项制度对于双方在技术开发中的设计自由、操作自由都有一定的保障, 大大降低了专利侵权的风险。

2012年, 苹果公司与宏达国际电子股份有限公司(HTC)之间的持续两年

多的专利纠纷，以签署一份长达 10 年的授权协议而告终。该授权协议的核心思想是专利交叉许可制度。正是这一制度，使曾经矛盾分外激化的两大手机生产巨头最终握手言和，完成了从竞争对手到合作伙伴的转变。

对于苹果公司与 HTC 公司之间这场诉讼来说，之所以能够以专利交叉许可来解决，是由于双方存在专利权互侵的现象。为实现共赢，强化各自竞争力，避免侵权纠纷带来的诉累，两家企业选择和解。与此同时，产业界也应当警惕专利交叉许可带来的弊端。一是专利交叉许可使自然的市场竞争在专利壁垒的影响之下大大降低，得到交叉许可的少数企业会因此降低技术研发的投入力度，从某种程度上会阻碍技术进步；二是由于专利交叉许可涉及的通常都是该领域的核心技术，一旦为少数企业共同垄断，对中小企业会造成巨大的专利壁垒，影响中小企业的市场竞争力。

因此，开源软件在采纳专利交叉许可制度时，可以从以下几个方面进行限制：一是从专利交叉许可的主体方面。若专利交叉许可的双方主体被认定在该领域具备垄断地位，相互间的许可会给市场带来绝对的垄断，主管部门应当否认此项许可合同的效力。二是专利主管部门应当对专利交叉许可的内容、范围做出一定的限制。三是在专利交叉许可的期限上，也应当做出一定的规范。签署的年限过长，对交叉许可双方来说，充满了未知的风险，对整个市场来说也极易出现长期垄断的情况。总之，对于开源软件的专利保护来说，专利交叉许可无疑是一项应当重点借鉴的制度，但也应当警惕其负面影响，最终维持开源软件长期健康可持续发展。

5.2.4 开源软件专利强制许可问题

专利强制实施许可是指专利行政部门依法定条件和程序颁发的使用专利的许可。申请人获得这种许可后，无须征得专利权人同意即可实施专利，并不支付专利使用费。

微软公司因为持有大量与 Android 相关的专利，每年能从全球各大 Android 手机厂商收取多达数十亿美元的巨额专利费。2012 年，美国微软公司与全球两大手机制造厂商——中国台湾的 HTC 公司以及来自韩国的三星电子公司达成了

一份总金额近 10 亿美元的 Android 手机专利许可协议。2015 年,微软公司与日本京瓷公司达成专利许可协议,每年将向微软公司支付专利费。在此之前,微软的公司“猎物”遍及 LG、富士康、华为、中兴等国内外知名 Android 厂商。

对于普遍采用 Android 系统的国内手机厂商来讲,微软公司在专利战中的节节胜利,无疑产生了巨大的威胁,这意味着每生产一台基于 Android 系统的手机,就要向微软公司支付专利使用费。对于微软公司所提出的专利,多是智能手机无法回避的基础性功能,比如长文件名支持、联系人的创建与更新、联系状态监视和通知系统,等等。不禁让人反思,专利制度的初衷是保护发明创造,激励创新。如今,专利制度却成为了个别先行者牟利的工具,在一定程度上限制了技术的进步。若要回避这些专利,除了重新建立新的计算机程序体系,几乎是不可能。在这种情形下,需要专利强制许可制度为手机厂商提供法律上的帮助。

针对开源软件的强制许可,没有特别法进行规定。现阶段,只能适用我国《专利法》的相关规定。作为对专利权的限制,在我国的《专利法》中可以找到很多关于强制许可制度的规定。比如,《专利法》第六章第 48 条、第 49 条、第 50 条规定,分别以合理的条件、在合理时间内,具有实施条件的单位未被专利权人许可实施情况下,国务院专利行政部门可以依申请给予强制实施许可;在紧急情况或公共利益的需要,可以给予强制许可;在申请比之前的专利更有经济意义,更能促进社会进步,但是却必须依赖之前专利的实施时,经申请给予强制许可等。在某种程度上,这些规定起到了限制专利权滥用及对技术改进的制约。但是,由于这些制度的适用条件过于苛刻,并且获得强制许可后,仍需要支付高额的专利使用费,因此,仅仅依靠专利强制许可制度仍然不能扭转专利制度的技术垄断局面。

总之,开源软件的源代码开放,使得开源软件比商业软件更容易招致软件专利的侵权诉讼。对此,开源软件产业界也开始利用专利制度予以应付。目前,主要的方式包括,一是鼓励主动申请软件专利后,在开源软件许可证下发布软件源代码,即申请专利做防御,然后再将其权利予以放弃;二是尽早将软件开发的发明思路在公共论坛发表,以保证其在先权益;三是依托新技术实现开源

软件代码审查的便捷性、科学性与可靠性；四是发挥开源社区作用，提供有效确定专利权是否侵权的证据。

6. 开源软件商标权保护的焦点问题与策略分析

商标是一种能够将一个企业的商品或者服务与其他企业的商品或者服务区别开来的标志或者标志的组合。商标保护虽不是计算机软件知识产权保护的主要手段，但是作为辅助手段其作用不可低估。因为一个获得市场认可的软件商标代表产品的信誉和质量，承载着较高价值。软件商标印制在软件的包装上、载体上或直接编制于软件之中，使盗版者不使用技术手段则不能消除。这样看来，软件的商标权是著作权和专利权的延伸，在二者因时间或其他因素消灭或丧失后，还可以使其软件产品得到一定程度上的保护。如果说开源软件理念中对著作权和专利权有着天生的排斥，那么对于商标保护倒是青睐有加。

“开放源代码首创行动组织”（Open Source Initiative Association, OSIA）是一个倡导“开放源代码首创行动”（Open Source Initiative, OSI）的非营利民间组织，其目的是尽可能统一开源软件的认证标准，确定开放源代码的定义，并将众多的开源软件纳入旗下。该组织成功利用开源软件认证与证明商标的使用战略，成为了开源软件认定和发布的权威组织。

也就是说，并非所有公开源代码的程序都被称为“开放源代码”的程序。只有符合 OSD（Open Source Definition）标准的程序才能被称为“开源软件”。OSI Certified 是被 OSIA 认定为开源软件的证明商标。只要在软件上设置 OSI Certified 认证商标，开源软件就可以被识别出来，就可以在 OSIA 开放源代码许可证表中选择一个获得批准的许可证，并根据它发布软件。任何没有经过 OSI Certified 认证的软件，不得擅自使用该认证商标，否则将会面临侵犯商标权的诉讼。

开源软件发展早期，因为违反开源软件许可证协议时，主张权利无利可图，企业很少涉足版权和专利的侵权诉讼。但是，开源软件的商标诉讼却能够获得高额赔偿，以弥补其因其他类型的侵权而遭受损失。随着开源软件向经营和赢

利方向倾斜时,通过商标和服务收取费用的方式逐渐增多。总而言之,开源软件获得商标法保护具有诸多益处。一是延长软件的保护期限。虽然不同国家对商标保护期限的规定有所不同,但基本上都规定商标保护期限可以续展,且续展次数不受限制。二是拓宽开源软件保护的範圍。商标法可以保护那些不具备专利条件,而无法受到专利保护的开源软件,或者权利人不願申请专利的开源软件,或者因专利期滿丧失保护的开源软件。三是侵权认定更加容易。相对于专利侵权和著作权侵权,对商标侵权的认定相对直观和容易。因此,开源软件商标侵权的打击力度较大,打击面也较广。

6.1 开源软件商标权保护的法律规定

6.1.1 软件商标权的国际保护

《保护工业产权巴黎公约》是规范商标内容的最早国际公约,具有极为广泛的国际认知度和较高的权威性。其中第六条、第七条确立商标权的基本原则,明确商标权的保护范围和条件、对驰名商标实行特殊保护、关于商标转让的规定、商标在公约其他成员国所受到的保护。可以说,《保护工业产权巴黎公约》奠定了国际商标法律制度的基本框架,成为各国国内商标立法的重要参考。

《商标国际注册马德里协定》是商标国际注册的最早规定,也是迄今应用最广泛、最重要的商标国际注册体系。《商标国际注册马德里协定》的签定,建立起了统一管理的国际注册制度,有力地推动了商标法律国际化进程。

世界贸易组织成立后,作为最终法律文件的一部分,《与贸易有关的知识产权协定》规定了各成员国的最低保护标准,最大限度地统一了国际商标保护制度,是商标法律制度国际化的最新成就和里程碑。《与贸易有关的知识产权协定》完善了商标国际规则的具体内容,提高了国际商标权的保护标准,增强了商标国际标准的权威性。凡是参加的成员国都必须接受这一高水平国际商标法律的强制约束,拓展全球范围内商标法律制度的广度和深度。

由于所处的时代局限,软件的商标问题尚未被以上条约特别注意与重视。软件的知识产权国际条约较多集中在著作权、专利权保护方面。通常,开源软

件商标保护的通行方法是运用传统商标制度中的证明商标加以保护。

6.1.2 软件商标权的国内保护

在我国，1993年《商标法实施细则》开始保护集体商标和证明商标。2001年修改《商标法》时，将集体商标和证明商标相关规定确定下来。《商标法》第三条规定，证明商标是指由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所控制，而由该组织以外的单位或个人使用于其商品或者服务，用以证明该商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的标志。随后，国家工商局制定《集体商标、证明商标注册和管理办法》，其中包括申请证明商标的组织应当规定使用证明商标的宗旨、条件、手续以及证明商标使用者的权利义务内容。当然，证明商标的管理人需要严格履行管理义务。如果对该商标的申请和使用管理不善，导致使用该商标的商品质量实际并未达到管理组织要求的标准，并且对消费者造成损害的，需要与滥用证明商标的责任人承担连带责任。

“开放源代码首创行动组织”在网站（www.osi.org）上明确了该组织的宗旨、使用 OSI Certified 证明商标的条件、手续、权利义务和使用人违反规则时所应承担的法律责任，充分表明了 OSI 组织及其所拥有的证明商标“OSIcertified”符合我国商标法对“证明商标”的规定，这也是 TRIPS 协议在我国应该履行的知识产权保护义务。

同时，我国《商标法》第十三条第一款规定，就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用。根据上述规定可知，驰名商标即使未在我国注册，法律也对其进行保护。以开源软件认证商标在开源软件业界的知名度和影响力，可以被纳入驰名商标进行保护。

相对开源软件组织的统一规范开源软件标准、非营利的目的，开源软件的开发者更倾向于软件的产业化发展和商业化运作。在“不得出售源代码”这一开源软件许可证条款的约束下，利用商标许可来实现收益就成为了开源软件商业化运作最有效的途径。由于源代码不能进行出售，不能将源代码视为商品并申请注册商标。开源软件申请商标就必须从外围的服务、技术支持等方面展开。

目前,开源软件企业在商业模式运行下主要通过三种方式收费。一是收取服务费。开源软件企业提供内容管理、使用培训、咨询等服务。同时,开源软件企业以提供故障维修、性能优化、升级开发、定制开发等技术支持收取相关服务费。二是硬件收费。开源软件企业主要是围绕着软件赖以运行的硬件设备来收取相关费用。三是集成产品收费。企业将开源软件的程序内核进行修改、演绎,并与专有软件绑定在一定的存储和发布介质上进行销售。依据我国《商标法》第三条规定,第一种收取服务费的商业模式可以申请注册服务商标,第二种硬件收费方式可以申请注册商品商标,第三种集成产品收费方式可以以“服务商标”+“商品商标”获得法律的双重保护。

6.2 开源软件商标保护的焦点问题与应对策略

从开源软件的基本形式来看,是以开放源代码为载体。由于单个的开放源代码不能认定归属于特定的企业,只能以开源软件整体作为保护的主体。举例来说,开源手机操作系统主要内置于配套的手机内部,不利于普通消费者的识别。更为棘手的是,若是侵权方将手机硬件设施的设计与手机开源操作系统一起剽窃,比如国内手机市场出现山寨机的现象。这样的侵权行为成本更低,往往只是简单低劣地进行模仿,给软件生产商带来极大的经济的损失。因此,软件生产商开始通过商标法对侵权行为提起诉讼,与采取著作权和专利保护的方式相比,更容易获得胜诉。因此,即使专利保护、著作权的主张受到开源运动的抵制和反对,商标权保护却一直被人们接受。

6.2.1 开源软件商标的“反向假冒”问题

“反向假冒”是一类特殊的商标侵权问题,是指侵权人将他人的产品上原本的商标除去,并以自己的商标进行取代,使自己的商标附着于商品之上,在市场上销售。虽然“反向假冒”仅仅是将他人的商标替换为自己的商标,并没有冒用他人的商标。但是,根据我国《商标法》的规定,“反向假冒”行为仍然是一种商标侵权行为。

在实践中,一些实力弱小的开源软件企业为逃避商标侵权诉讼的风险,采

用“反向假冒”的形式进行侵权行为，较为常见。通常，企业通过购买，或是免费获取他人开发的源代码程序包，将源代码程序原有的商标剔除，或者将原本的开源软件代码加以修改，或者与其他软件代码融合，最后在软件标注上自己的商标，在市场上进行发售。

这种“用自己的商标替换他人的商标”的行为，严重影响他人的商标在同类产品市场上的地位，属于典型的“反向假冒”行为，构成了对其他开源软件商标权的侵犯。

6.2.2 程序内核、模块或者源代码相关文档中滥用商标问题

目前，我国开源软件企业多数采取“集成式”的开发模式。简单地说，就是企业将程序的内核或者模块直接“拿来”使用。在这种情况下，极易出现“拿来”的程序内核或模块中存有其他企业的商标，主要存在以下两种情况：一是商标未直接以“商标”的形式出现在软件源程序中，而是以内嵌子程序的形式存在。当用户运行程序时会出现其他企业的商标，比如用户在开机时屏幕上出现的其他企业的商标。二是在源程序或相关文档中出现其他企业的商标。当用户运行软件程序时，其他企业的商标不会通过窗口或其他形式出现在用户界面，但是在查看源程序或者相关文档上却可以看到其他企业的商标。

根据我国《商标法》以及《商标法实施条例》的相关规定，第一种情况，商标并未直接以商标的形式出现在软件源程序中，而是以内嵌子程序的方式存在，只有当用户运行程序时才会出现其他企业的商标，应当属于《商标法》意义上的“使用商标”。商标的使用包括将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他业务活动中。上述情况，当用户运行程序时出现其他企业的商标，属于在其他企业活动中使用商标的情形，属于侵权行为。

第二种情况，其他企业的商标在未经许可授权的情况下，出现在软件的源程序或者是相关文件中，是否构成我国《商标法》意义上的“使用商标”。由于开源软件的特性，源程序本身就是一种商品，其“消费者”并非仅包括用户，还包括将源代码作为“原材料”进行集成包装的软件企业。根据《商标法》的

“相关公众”的界定，如将具有竞争关系的软件企业作为“相关公众”进行判断的话，出现在源程序或者相关文档的其他企业商标也属于“商标使用”情形。

开源软件的开发与传统商业软件开发模式最大的不同就在于，每一个软件都可能经过包装、集成、整合而变成下一个软件产品的组成部分。开源软件程序的不同“模块”既相互联系，也存在一定的独立性。在这种情况下，传统的商业软件“用户”与“开发者”的分界线变得模糊。每一个用户都可能是下一个软件的开发者，每一个开发者在选择他人的程序作模块或者内核也自然成了用户。这就意味着，《商标法》对“相关公众”的界定发生了变化。我国《商标法》中的“相关公众”应被理解为商标使用中可能涉及的任何人，包括消费者、潜在消费者、程序的使用者或操作者。开源软件的每一个参与开发的企业在选定许可证种类的条件下，享有使用其他企业开发的程序源代码的权利。可以说，每一个开源软件企业也属于“消费者”，或者说是“相关公众”的身份。因此，我国《商标法》中与“相关公众”概念有关的一系列术语，包括“混淆”、“误认”，均可以作为判断开源软件的开发与使用、发售等过程中是否存在侵权的判断标准与因素。

6.2.3 开源软件商标的“合理使用”问题

商标的合理使用主要包括以下的两种情况：一是对商标的叙述性使用；二是对商标的指示性使用。商标的叙述性使用是指构成商标的词汇本来是一种叙述性词汇。通常，相关公众并不会认为其是一个商标。我国《商标法实施条例》第49条规定，注册商标中含有本商品的通用名称、图形、型号、或者直接表示商标的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。

商标的指示性使用主要是从一般公众了解与产品有关的真实信息的角度对商标权的使用做出限制。开源软件中关于“指示性使用”的情况最为常见。比如英特尔公司不反对计算机生产商在机身上标注“Intel Inside”商标，还通过一定的措施鼓励计算机生产商指示性地使用英特尔的商标。如果计算机生产商在为计算机做广告时，插入英特尔公司的广告，那么可以减免一定的芯片采

购费用。

目前，我国《商标法》中没有明确对开源软件使用过程中叙述性与指示性使用商标的问题做出规定。1995年，国家工商总局为解决一些地方的汽车零部件销售商店、汽车维修站点未经商标所有人许可，擅自在店铺的招牌上使用某些中外汽车企业的注册商标问题，曾发文指出汽车零部件销售商店、汽车维修站点可以使用汽车厂商商标。因为受到开源软件许可证约束的原因，在很多情况下，商标所有人以外的人使用他人的商标并不是为了推广和宣传自己的产品。因此，在这种情况下，对于开源软件商标的指示性合理使用应当放宽范围，而非从严限制。

6.2.4 APP 应用服务中显著标识的属性问题

随着开源软件逐渐向纵深应用服务方向发展，未来在嵌入式操作系统市场上，开源软件厂商将可能超过传统商业软件占据的市场份额，占据主导地位。随之而来，开源软件的服务将更加多样化与个性化。开源软件的源代码程序包中将会嵌入更多的 APP 应用模块。通常，APP 应用服务软件名称会以“特定显著标识+服务内容”的组合形式呈现给用户。在阅读、音乐、娱乐等领域，这种组合更为常见。对相关公众而言，APP 应用服务主要以“特定显著标识”来进行区分。因为“服务内容”通常具有相似性或者相同。用户选择 APP 应用软件时，多以其前部的“特定显著标识”来区分不同的提供主体。

在开源软件中使用特定显著标识，是否构成对他人商标专用权侵犯，是一个需要明确的问题。关于商标专用权的保护实质在司法实践中基本已经得到共识，除驰名商标保护之外，一般就是以标志是否近似、商品或服务是否类似，从而确定是否易造成相关公众的混淆为判定标准。APP 应用服务软件的属性识别问题，可以从其软件名称的组合形式上进行分析。要看用户在选用某款软件时（特定标识+服务内容），是否会联想到其他软件服务提供商。许多应用服务软件为增加用户的体验感，会聚合许多衍生服务，但是在判断 APP 应用服务软件的标识属性时，应当以其主要提供的服务类别为判断基准，不宜随意扩展，否则会对商品专用权的基础判断规则产生负面影响。

关于 APP 应用服务软件中显著识别部分的性质分析,应当明确其标识的服务类别。对服务类别的判断应以其后缀所指代的服务内容进行认定。若在安装后,其应用软件中提供了未标示具体服务或商品来源的情形时,对该服务或商品来源的判断可以归于前述 APP 应用服务软件中显著识别部分,根据商标专用权的基本判断规则进行认定,为消费者厘清服务的真正来源。开源软件在原有模块的使用过程中,也需要与独立 APP 应用模块中的标识进行区别,避免将其他企业研发的 APP 应用服务软件模块“照搬”过来,出现引人误解的情况。当然,为了有效制止搭便车等侵权行为的出现,需要以软件服务或者商标的来源作为判断的依据,避免用户在使用开源程序的过程中,侵犯他人商标专有权。

7. 结语

开源软件起源于对商业软件垄断的抗争。起初,开源软件与商业软件两种商业模式的对抗停留在简单的理念或技术之争,带有浓厚的商业利益和市场竞争色彩,在某种程度上可以说是代表了国际 IT 界不同厂商的利益。伴随着互联网的发展,开源软件优势逐步显现。在互联网上,大量可供下载的开源程序以及开源组件,降低了开发成本,提高了开发效率,促使了资源再利用,实现了大规模分布式的协同创新。

在全球范围内,越来越多的企业加入开源阵营,在 Linux 与开源项目上持续地加大投入,通过应用开源技术与应用服务推广,对自身的服务架构甚至 IT 业务模式进行创新,国外有红帽、IBM、亚马逊 AWS、英特尔、谷歌、惠普、Net APP、戴尔、微软等企业,国内的华为、联想、曙光、阿里巴巴、腾讯、小米等公司表现积极。很多传统商业软件厂商更将开源软件作为创新发展和转型升级的重要力量。时至今日,在全球范围内,商业软件、开源软件以及服务为导向的软件等多种模式百花齐放,相互共存、借鉴、吸收、融合。

在中国,开源软件的发展刚刚走过萌芽期,正在阔步迈进成长期。无论是产业规模,还是技术水平,我国开源软件的发展与生态模式构建都与世界先进国家

存在相当大的差距。现阶段，认真学习、研究、分析以及合理利用凝聚着世界各国研究和开发人员创造的开源技术资源，无疑对提升我国软件业的发展水平具有重要作用，对依托互联网构建良好开源生态具有重要的现实意义。

回溯历史，良好的互联网开源生态离不开知识产权法律保护。开源软件的出现及其存在的基础是 GPL 等许可证，其基于著作权法等知识产权的许可证制度。即使开源软件知识产权保护经历了 1.0 时代、2.0 时代、3.0 时代，不同阶段对开源软件的知识产权价值认识存在差异，但是开源软件的发展从未脱离知识产权的许可证制度。在促进软件产业发展，引导与鼓励教育机构、社会团体、企业或个人发起开源项目，积极参加国际开源项目的过程中，知识产权法律制度尤为重要。

然而，有少数软件企业在利用开源软件时随心所欲，随便将开发者按照 GPL 发布的开源软件改头换面，照抄照搬之后作为自己的软件进行发行、销售与传播。这种短视和不负责任的行为扰乱了市场竞争秩序，对产业产生了极大的负面影响。

正可谓“天下没有免费的午餐”。上述企业的不当甚至违法行为，即使现在没有被追究责任，不代表未来不会被追究责任。一旦企业做大了，随时会面临着被追究侵权责任的风险。与此同时，纵容“开源软件”的“免费”和“自由”使用，将会轻视和低估软件知识产权价值，违背市场经济的基本规律，缺乏自主开发与创新精神，纵容投机取巧，不利于软件产业的持续健康发展。无论是产业界，还是社会大众都需要清醒地认识到，“拿来”、“抄袭”或通过其他途径“免费”、“自由”使用软件，帮不了企业，还势必会影响中国软件产业的整体创新活力。

企业真正的竞争力，来自于自主创新和脚踏实地的研发，包括开源这种在他人基础上的创新和开发模式。未来，企业要仔细选择和严格遵循开源软件许可证制度，基于开源平台上的资源进行合法借鉴，利用已有的软件资源，脚踏实地开发新产品，拥有属于自己的技术成果和知识产权的产品。

当前，以互联网为代表的新一轮科技革命和产业革命深刻诠释着人类进步

的征程，持续调整与革命性影响着世界产业技术和分工格局。在我国，互联网以前所未有的速度与经济社会各领域深度融合，正处于高速发展期与创新活跃期，成为增进民生福祉与拉动信息消费的重要手段，促进产业融合与经济转型的重要引擎，塑造国家数字竞争力的主要因素，是经济社会发展最具有代表性的历史标签。互联网的高速发展，助推大量的技术再创新，无论是国防或经济领域，还是在金融或科技文化领域，亦或者是人们生产生活的方方面面，开源软件无处不在，时时刻刻地发挥着作用，扮演着举足轻重的角色。

未来，开源将会势不可挡，对数字中国建设与软件产业发展产生深远影响。在建设网络强国的历史征程之中，在开启“十三五规划”宏伟蓝图之时，政府、行业组织、产业界要不断提高对开源软件知识产品价值的认识，保障创新者的合法权益，激励企业努力开发和掌握自主知识产权的核心技术，维护市场竞争秩序，规范企业竞争行为，让互联网开源发展成果更好地满足广大用户的需求。总之，中国开源软件的发展与开源生态模式的构建需要建立在知识产权保护的土地上，以此鼓励和引导开发者追求目标，实现价值，分享创意，共享智慧，并在保护机制与治理方式上寻求理念与利益的平衡。

02 网购合同诉讼管辖权问题研究

——以《民诉法解释》第 20 条和第 31 条为中心

肖建国

中国人民大学法学院教授 博士生导师

民商事法律科学研究中心研究员

《民诉法解释》第 20 条和第 31 条均体现了保护消费者程序利益的鲜明立场，网购合同诉讼管辖权的确定，也贯彻了保护消费者的宗旨。为此，有必要正确理解和适用网购合同履行地规则、准确判断网购合同中格式管辖协议的效力，纠正理论上的误解和实践中法律适用上的偏差。

1. 问题的提出

为了贯彻《消费者权益保护法》的宗旨，方便消费者诉讼维权，保护消费者合法权益，最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下称《民诉法解释》）对消费者通过互联网等信息网络订立的买卖合同（以下称“网购合同”）所发生的纠纷诉讼管辖权问题，在第 20 条和第 31 条专门做了规定。其中，第 20 条廓清了用于确定网购合同诉讼特殊地域管辖连接点的合同履行地规则，该条规定：“以信息网络方式订立的买卖合同，通过信息网络交付标的的，以买受人住所地为合同履行地；通过其他方式交付标的的，收货地为合同履行地。合同对履行地有约定的，从其约定。”而第 31 条基于我国网购

合同中格式管辖协议盛行的现实，首次明确了消费者可以主张格式管辖协议无效的情形。该条规定：“经营者使用格式条款与消费者订立管辖协议，未采取合理方式提请消费者注意，消费者主张管辖协议无效的，人民法院应予支持。”

一方面，网购合同作为买卖合同的一种，其诉讼管辖权的确定，无疑应首先遵循《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第23条关于合同纠纷诉讼管辖的规定，由被告住所地或合同履行地法院管辖。其中，“被告住所地”为网络经销商所在地，消费者在提起维权诉讼前，可以依据《消费者权益保护法》第44条的规定¹，要求网络交易平台提供网络经销商的真实名称、地址和有效联系方式，从而据此确定网购合同的被告及其住所地。至于网购合同履行地，《民诉法解释》第20条区分了约定履行地和法定履行地两种类型，前者以双方当事人合同中的明确约定为准，后者则根据买卖合同标的之交付方式的不同，分别将买受人住所地、收货地确定为法定履行地。实际上，网购合同法定履行地的两个连接点——买受人住所地、收货地，都是以消费者为中心设置的，体现了倾斜性保护消费者的理念，明显有别于《民诉法解释》第18条规定的合同纠纷的法定履行地规则²。

前述的网购合同履行地规则，适用于消费者起诉网络经销商的网购合同纠纷，应当没有疑问。不过，在对人效力范围上，该规则能否扩张适用于网络交易平台；对事效力范围上，能否适用于《消费者权益保护法》第44条规定的消费者对网络经销商和网络交易平台提起的侵权诉讼，则成为当前司法实务中备受争议的问题，急需理论上的回应。

1 《消费者权益保护法》第44条：消费者通过网络交易平台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿。网络交易平台提供者不能提供销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式的，消费者也可以向网络交易平台提供者要求赔偿……网络交易平台提供者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿。网络交易平台提供者明知或者应知销售者或者服务者利用其平台侵害消费者合法权益，未采取必要措施的，依法与该销售者或者服务者承担连带责任。

2 关于《民诉法解释》第18条合同诉讼管辖中法定履行地规则的适用，参见：肖建国，刘东．管辖规范中的合同履行地规则研究[J]．现代法学．2015（5）．

另一方面，在消费者、网络经销商与网络交易平台签订的网络服务合同中，如果网络交易平台以服务合同中有管辖协议为由，主张依据当事人约定的管辖协议确定管辖法院，对受诉法院提出管辖异议，而消费者以网络服务合同是由网络交易平台提供的格式合同为由，主张其中的管辖协议无效，法院依据《民诉法解释》第 31 条判断格式管辖协议的效力时，需要确定采用何种标准来判断网络交易平台是否“采取合理方式提请消费者注意”。尽管最高人民法院《合同法》司法解释（二）对此已有规定，但能否一体适用于网购合同，以及即使可以适用于网购合同，也是否应当遵循若干特殊的判断规则等，均成为困扰我国法学理论界和实务界的重点难点问题。

本文的写作，正是基于上述的问题意识而展开。笔者不揣浅陋，抛砖引玉，希望对这些问题做出初步回答。

2. 网购合同履行地规则的适用范围

2.1 合同相对性原则对适用范围的限制

《民诉法解释》第 20 条的合同履行地规则，在确定网购合同诉讼管辖权时，只能适用于合同纠纷项下的诉讼案件，因此，其适用范围受合同相对性原则的制约。可以说，合同相对性决定了网购合同法定履行地规则对人效力和对事效力的有效射程。

合同相对性原则，是合同制度的基石，在债法或合同法中具有重要的地位，体现了合同自由原则的内在要求，故为两大法系所共同遵循。理论上，一般认为，合同相对性，是指合同项下的权利义务只能赋予给当事人或加在当事人身上，合同只能对合同当事人产生拘束力，而非合同当事人不能诉请执行合同³。按照王利明教授的归纳，合同相对性包括合同主体、合同内容及合同责任的相

3 王利明．论合同的相对性[J]．中国法学，1996（4）．

对性三方面⁴。其中，合同主体的相对性，要求只有合同关系当事人彼此之间才能相互提出请求，与合同当事人没有发生合同权利义务关系的第三人，不能依据合同向（或被）合同当事人提出请求或者提起诉讼。合同内容的相对性，强调除法律、合同另有规定以外，只有合同当事人才能享有某个合同所规定的权利义务，并承担该合同规定的义务，合同当事人以外的任何第三人不能主张合同上的权利。合同责任的相对性，则要求违约责任只能在特定的合同关系的当事人之间发生，合同关系以外的人不负违约责任，合同当事人也不对其承担违约责任。

在网购合同纠纷诉讼中，适用合同履行地规则确定管辖法院时，应当受合同相对性原则的如下双重限制。

2.1.1 限制网购合同履行地规则的对人效力范围

合同主体相对性原则，决定了合同诉讼中谁为适格原告，谁为适格被告，而合同诉讼管辖规范中的合同履行地规则，其对人效力范围，仅限于合同诉讼中适格当事人（合同当事人）的范围，对于非适格当事人（非合同当事人），当然不能产生约束力，因此，即使原告在合同诉讼中将合同对方当事人与合同之外第三人列为共同被告，那么，除了诉讼的强制合并或者合同之外第三人未提管辖异议且应诉答辩的以外，人民法院不会因对被告之一（合同对方当事人）有诉讼管辖权，而自动取得对合同之外第三人的诉讼管辖权。实际上，原告与合同之外第三人可能存在另外的法律关系，如果法律关系有争议，法院应当依据该争议法律关系的性质，按照《民事诉讼法》的规定另行确定管辖权，而不能以对被告之一有管辖权为由，“搭便车”地取得对另一被告的“牵连管辖权”。这种理解，不符合合同相对性的要求，也与法院管辖权的取得根据不符。

在网购合同中，只有消费者和网络经销商是买卖合同当事人，网络交易平台是买卖合同关系之外的第三人，仅为用户物色交易对象、就货物和服务交易进行协商等提供地点和技术服务，并非网购合同当事人，不受合同当事人之间合同权

4 王利明，论合同的相对性[J]．中国法学，1996（4）．

利义务关系的约束，也不受当事人之间合同诉讼履行地规则的约束。客观上看，消费者与网络交易平台签订的是网络服务合同，这是另外一种合同关系，不同于消费者和网络经销商之间的买卖合同关系。因此，基于网购合同提起的消费维权诉讼，应当以合同对方当事人即网络经销商为适格被告，只有在这样的买卖合同纠纷诉讼中，才能适用《民诉法解释》第 20 条所规定的合同履行地规则，绝不能突破买卖合同相对性的约束，将仅适用于该买卖合同诉讼管辖的合同履行地规则，嫁接到消费者与网络交易平台之间的网络服务合同上去。换言之，网购合同履行地规则的对人效力范围，仅限于网购合同当事人双方，不能及于网购合同关系之外的第三方网络交易平台。

但是，从目前部分法院的裁判案例看，不少法院对于消费者作为原告提起的网购合同诉讼案件，在买卖合同案由下，允许原告突破合同相对性原则，任意扩大网购合同的主体范围，将合同关系之外的第三方网络交易平台，与合同当事人网络经销商列为共同被告，并且一体适用《民诉法解释》第 20 条所规定的合同定履行地规则⁵，既违反了合同诉讼当事人适格的原理，将不适格的被告拉进诉讼中来，又变相扩张了网购合同履行地规则的对人效力范围，与《民诉法解释》第 20 条的立法原意相背离。

2.1.2 限制网购合同履行地规则的对事效力范围

合同相对性原则限制法院对人管辖权的范围，同样会限制法院对事管辖权的范围。这里的“事”，是指争议事项，具体而言，包括因合同的订立、履行、效力、解除、撤销、违约责任的追究等与合同有关的争议事项。与合同无关的争议事项，法院管辖权的确定自然不受合同履行地规则的约束。

消费者借助网络交易平台提供的服务，与网络经销商签订买卖合同，如果买卖合同标的存在质量问题，给消费者合法权益造成了损害，那么消费者对于网购合同所引发的产品责任纠纷，可以依法提起产品责任诉讼。问题在于，消费者据

⁵ 广东省佛山市南海区人民法院，(2014) 佛南法沥民一初字第 832-1 号；江苏省南京市江宁区人民法院，(2014) 江宁开民初字第 1245 号。

此提起的产品责任诉讼，能否适用网购合同履行地规则来确定管辖法院？

首先应当明确的是，网购合同诉讼与基于该合同引发的产品责任诉讼，是两类不同的民事诉讼，二者在管辖、适格当事人、诉讼时效、举证责任、判决既判力范围等方面，均有实质性差异。就管辖而言，《民诉法解释》第26条对于一般产品责任诉讼的管辖法院做了明确规定，即“因产品、服务质量不合格造成他人财产、人身损害提起的诉讼，产品制造地、产品销售地、服务提供地、侵权行为地和被告住所地人民法院都有管辖权”。可见，在产品责任诉讼中，有管辖权的法院有五类，管辖连接点包括产品制造地、产品销售地、服务提供地、侵权行为地和被告住所地，但合同履行地显然不是确定产品责任诉讼管辖的依据。

司法实务表明，消费者基于网购合同所提起的产品责任诉讼，往往依据《消费者权益保护法》第44条的规定，将网络经销商、网络交易平台一并列为共同被告，要求网络交易平台承担侵权责任，其请求权基础可以是网络交易平台明知或者应知销售者或者服务者利用其平台侵害消费者合法权益，未采取必要措施，而与网络经销商共同侵权行为，应当承担连带责任；也可以是因网络交易平台不能提供销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式，消费者取得了对网络交易平台的赔偿请求权。

产品责任诉讼中，消费者固然可以将网络经销商、网络交易平台列为共同被告，但鉴于产品责任诉讼性质上属于特殊的侵权诉讼，因此，管辖权的确定应当遵循侵权诉讼管辖的规定。这一点，与网购合同诉讼的管辖权的确定，存在根本性的区别，不能混为一谈，尤其不能将网购合同履行地规则的对事效力，扩大到侵权请求权的作用领域。因此，如果消费者主张网购合同的请求权，则法院应当将网络经销商作为被告，依据《民诉法解释》第20条规定的合同履行地规则确定管辖法院；如果消费者主张侵权请求权，则法院可以按照原告的主张，将网络经销商、网络交易平台列为共同被告，依据《民诉法解释》第26条规定的产品责任诉讼管辖规则确定管辖法院。相反，如果消费者主张网购合同的请求权，依据合同履行地规则确定管辖法院，却将网络交易平台作为被告，请求法院判决网络交易平台承担侵权责任，则混淆了合同诉讼与侵权诉讼之间

的界限，任意扩大网购合同履行地规则的对事效力范围。这种现象，司法实务中已有发生。

总之，因网购合同纠纷引发的诉讼，与网购合同所引发的产品责任诉讼，在争议事项上虽有某种牵连，但二者有根本区别。根据合同内容与合同责任的相对性原则，合同履行地规则只可用于确定网购合同诉讼的管辖权，而不能扩大适用于相关产品责任诉讼的管辖权。这是网购合同履行地规则的对事效力范围所决定的。

2.2 违反合同相对性原则确定管辖时的救济

违反合同相对性原则所确定的管辖，受诉法院对案件要么缺乏对人管辖权，要么缺乏对事管辖权，实际上处于无管辖权的状态。合同关系之外的第三人，既不是合同当事人，也非本案诉讼的适格被告，不受合同履行地规则的对人效力所及；合同之外第三人作为被告时，争议的事项非合同纠纷诉讼的事项范围，也不受合同履行地规则的对事效力所及。可见，当合同诉讼中原告突破合同相对性的限制，起诉合同之外第三人时，合同之外第三人完全可以受诉法院缺乏管辖权为由，通过提起管辖异议，来获得救济。对此，人民法院应当认定管辖异议的理由成立，裁定将原告起诉合同之外第三人的案件移送给有管辖权的人民法院，或者直接裁定驳回原告对合同之外第三人的起诉。

网购合同发生在消费者和网络经销商之间，如果消费者基于网购合同纠纷起诉网络经销商和网络交易平台，网购合同履行地法院受理该买卖合同诉讼后，网络交易平台作为网购合同之外的第三人，非网购合同诉讼案件的适格被告，不受网购合同的履行地管辖规则的约束，网络交易平台以此为由向受诉法院提出的管辖权异议，受诉法院应当支持，自不待言。

3. 网购合同诉讼中格式管辖协议的效力

3.1 格式消费合同中管辖协议效力的模式比较

网购合同具有格式合同和消费合同双重属性。一方面，网购合同是网络经

销商预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的合同，具有格式合同的特点；另一方面，消费者作为网购合同的一方当事人，其订立合同的目的，在于购买供个人或家庭现时消费或使用、与其职业或业务活动无关的货物或者服务，性质上属于消费合同。由于消费者未参与合同条款的制定过程，网络经销商提供的格式合同可能会损害消费者合法权益，格式管辖协议可能排除了消费者选择管辖法院的权利，或者排除了有利于消费者的管辖连接点的法院，因此，各国立法都从保护消费者利益出发，对格式消费合同纠纷的诉讼管辖权问题做出特别规定。

综合各法域的立法例，主要有以下几种模式。

（1）保护性管辖权模式。

所谓保护性管辖权，是指在消费合同纠纷诉讼中，法律为消费者起诉提供多个管辖连接点，消费者有权选择其中一个更为有利的法院起诉；而经营者作为原告起诉消费者时，则只能由消费者住所地法院管辖，经营者没有选择管辖法院的权利。这种赋予消费者单向选择法院的立法例，盛行于瑞士、德国等欧洲国家，在《瑞士国际私法》⁶以及1968年、1988年一些欧洲国家签订的《民事商事管辖权与判决执行的公约》中，都有明确规定，属于保护性管辖权模式⁷。

无论消费者起诉还是经营者起诉，消费者都享有固有的在其住所地法院管辖的利益。在瑞士联邦宪法中，消费者在其住所地被诉，被视为消费者的一项基本人权。因此，保护性管辖权的法律规范，具有强制性规范的性质，消费者不得事先放弃其住所地或习惯居住地法院的管辖权。具体而言，在消费纠纷产生前，当事人在消费合同中约定将管辖权授予消费者住所地或习惯居住地的法院，该管辖协议是有效的；在消费纠纷产生后，当事人在消费合同中无论约定由消费者住所地还是经营者住所地的法院管辖，该协议都是有效的，但预先排

6 《瑞士国际私法》第114条规定，消费合同诉讼由消费者选择有管辖权的下列瑞士法院：（1）消费者住所地或习惯居住地；（2）供货人住所地，如果没有，其习惯居住地。

7 胡振杰．国际合同争议管辖权与判决执行比较研究[M]．北京：中国法制出版社，2014年版，第126页。

除消费者住所地或习惯居住地法院管辖权的管辖协议，则是无效的。

不过，消费合同的范围，是否包括运输合同和保险合同，各国有不同的规定。

（2）格式管辖协议绝对无效模式。

这种模式要求，禁止在消费合同中约定管辖协议，否则一律无效。其目的是为了保护消费者这一经济上的弱者，防止其被经济上的强者和老练的商人所侵害。

德国是该模式的典型代表。《德国民事诉讼法》第 38 条（1）规定：“本来没有管辖权的第一审法院，可以因当事人间明示的或默示的合意而取得管辖权，但以契约双方当事人是商人或者是公法上的法人或公法上的特别财产时为限。”由此观之，德国完全排除了经营者利用格式合同与普通个人消费者之间约定管辖法院的可能⁸，只要存在这种管辖协议，均属于无效管辖协议。绝对无效的处理方式，是针对德国商业经营者大量使用格式管辖条款侵害消费者权益的实际情况所做的规定，是回应德国社会现实之举，有特别重要的实践价值。

有趣的是，《德国民事诉讼法》绝对排斥消费合同管辖协议的效力，但对消费合同中达成的仲裁协议则予以认可，承认消费合同争议的可仲裁性，允许当事人在合同中订立仲裁条款来解决消费争议。这一点，颇耐人寻味。《德国民事诉讼法》第 1031 条（5）规定：“消费者所参加的仲裁协议必须包含在由当事人各方亲自签署的文件中。这一文件中不得包含有除在仲裁程序中引用的约定外的其他约定；但经公证作成的文书不在此限。消费者是指自然人，他在作为争议标的的行为中所欲达到的目的既不属于他的工商业方面的，也不属于他的独立职业方面的事务。”

在我国起草《民诉法解释》的过程中，德国的立法例也曾经被考虑过，并且草拟了格式管辖协议绝对无效的司法解释草稿，但经过反复讨论，最终并未采纳

⁸ 沈德咏．最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用（上）[M]．北京：人民法院出版社，2015 年版，第 187 页。

绝对无效的观点,而是根据我国的实际国情,即格式消费合同中的管辖协议在我国未获得商家广泛使用这一特殊的背景,采取了比较和缓的相对无效模式。

(3) 格式管辖协议相对无效模式。

所谓格式管辖协议相对无效,是指在管辖协议具备相应的无效条件时,消费者可以主张协议无效。相对无效模式以我国台湾地区民诉法第24条为典型,《民诉法解释》第31条采用了这一折中模式。

关于格式管辖协议的效力问题,《民诉法解释》第31条专门予以规制。按照该条的规定:“经营者使用格式条款与消费者订立管辖协议,未采取合理方式提请消费者注意,消费者主张管辖协议无效的,人民法院应予支持。”通过课予经营者履行提醒注意义务,并由消费者决定是否主张无效的方式,来解决格式管辖协议的效力问题。毕竟格式管辖协议排除了消费者自主选择管辖法院的权利,也容易加剧消费者维权诉讼的困难,司法解释在经营者与消费者之间设置了一个平衡点,即只有在经营者未采取合理方式提请消费者注意时,消费者主张管辖协议无效,才能获得法院的支持⁹。

3.2 格式管辖协议效力的判断标准

《民诉法解释》第31条关于“采取合理方式提请消费者注意”之规定,是判断格式管辖协议效力的关键。对此,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《合同法解释》)(二)第六条已做规定,即:提供格式条款的一方对格式条款中免除或者限制其责任的内容,在合同订立时采取足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识,并按照对方的要求对该格式条款予以说明的,法院应当认定系“采取合理的方式”。该解释并没有限制其适用范围,原则上所有的格式条款,包括网络服务合同中的格式管辖协议,在效力判断上,均一体遵循该解释的规定。

有争议的是,对于网络服务合同中的格式管辖协议,有无必要提高“采取

9 江必新,《新民事诉讼法解释法义精要与实务指引(上)》[M],北京:法律出版社,2015年版,第60页。

合理方式提请消费者注意”的标准？换言之，是否有必要对网络交易平台课以更高的注意义务，以保护消费者的合法权益？持肯定观点的司法立场，在现有的部分裁判案例中初露端倪。以《淘宝服务协议》为例，有的法院认为当事人提供的《淘宝服务协议》打印本有 19 页之多，协议管辖条款夹杂在烦琐资讯中，处于末页，虽为黑体但字体较小，且未置于突出位置，易为用户所忽略¹⁰。因此，涉案管辖协议条款不符合经营者“以合理方式提请消费者注意”的标准，该协议管辖条款无效。

理论上，提请消费者注意的方式，是否构成“采取合理的方式”，的确因时而异、因案而异，法官须结合权利义务争议的相关具体事实做出判断，不可一概而论。法院在裁量判断时，对于权利义务内容丰富、条款复杂的格式合同的提供者，其履行“采取合理方式提请消费者注意”的义务，方式是否合理、是否达到提请消费者注意的目的，法官做出与内容相对简单的格式合同有某些差异的判断，也是可以理解的。不过，在法律对此未明确规定更高的提醒义务的情形下，只要平台服务提供者及其服务不具有唯一性、垄断性、不可替代性，消费者在选择网络服务提供商以及是否同意用户服务协议时，有充分的自主权和选择权，并且网络交易平台已尽最大的技术可能，在保证双方法律地位和服务体验的情况下，对格式管辖协议进行了合理的提示，使得消费者不可能在未注意到协议管辖条款存在的情况下，就直接点击同意用户服务协议，此际，法院应当认可网络服务合同中格式管辖协议的有效性。因此，针对网络服务合同中的格式管辖协议效力的认定，应在现有法律框架下，注重消费者权益保护与网络交易平台技术可能性之间的平衡，不宜偏于一端。

10 江苏省南京市中级人民法院，(2015)宁民辖终字第 176 号；广东省佛山市南海区人民法院，(2014)佛南法沥民一初字第 832-1 号》。

03 电子游戏直播的著作权问题研究¹

王 迁

华东政法大学知识产权学院教授 博士生导师 法学博士

对电子游戏进行直播（以下简称“游戏直播”），是指将游戏玩家操作各类电子游戏的过程通过电视或互联网等媒体向公众进行同步传播，使公众实时地了解该玩家运行游戏的过程，从而了解该玩家使用的游戏策略和在游戏中的进展。游戏直播满足了玩家展示其游戏技巧的心理需求，也能使他人从中学习游戏经验并获得“观战”的乐趣，因此风靡一时。

游戏直播的兴起还与电子竞技产业密切相关。许多游戏用户通过网络在同一游戏之中的相互竞赛达到了相当规模，吸引了商业机构组织并赞助这种电子竞技，以及电视和网络等媒体进行直播。2004年，中华全国体育总会主办过国家级电子竞技联赛——全国电子竞技运动会²，电子竞技还被国家体育总局批准成为我国第99个正式体育项目³。中央电视台体育频道还曾定期播出过《电子竞技世界》节目⁴。

1 基金项目：本文系作者主持的国家社会科学基金重大项目“互联网领域知识产权重大立法问题研究”（14ZDC020）的研究成果。

2 参见“百度百科”对“全国电子竞技运动会”的介绍，<http://baike.baidu.com/view/559377.htm>。

3 参见《电子竞技成为我国第99个正式体育项目》，http://www.cnr.cn/2004news/sportnews/200404/t20040409_215406.html。

4 国家广播电影电视总局于2004年下发《关于禁止播出电脑网络游戏类节目的通知》后，该节目停止播出。参见<http://www.it.com.cn/f/games/044/22/67981.htm>。

在网络游戏较为发达的韩国，文化、体育和观光部批准成立了以推广和规范电子竞技为职责的“韩国电子竞技协会”（The Korea e-Sports Association, KeSPA）⁵，该协会目前管理着《星际争霸》、《英雄联盟》和《反恐精英》等 25 种游戏的电子竞技项目，并对游戏直播进行管理⁶。除了电视直播，国内外都出现了专门从事游戏直播的网站⁷。例如，网络游戏 Dota 的经营者举办了“国际邀请赛”并对游戏比赛实况，即参赛玩家运行游戏的过程进行直播⁸。

然而，许多游戏直播并未经过游戏著作权人的授权，这引起了著作权人的不满，他们认为游戏直播是对其享有著作权的游戏画面和音乐的使用，理应经过许可，否则构成对其著作权的侵权。例如，网络游戏《星际争霸》的权利人美国暴雪公司就认为韩国电子竞技协会擅自许可电视台直播《星际争霸》比赛是侵权行为，要求韩国的电视台停止直播⁹，并于 2010 年对韩国电子竞技协会和两家韩国电视台提起了诉讼¹⁰。我国也陆续出现了由对电子游戏进行直播（以下简称“游戏直播”）而引发的著作权纠纷¹¹。那么，进行游戏直播的玩家，以及直播服务的提供者是否应当承担侵权责任呢？本文试对此进行研究。

5其官网为 <http://www.e-sports.or.kr/>。

6对其的介绍可参见维基百科，https://en.wikipedia.org/wiki/Korean_e-Sports_Association。

7如国外的 Twitch 网站（<http://www.twitch.tv/>）。我国的“虎牙直播”网站（www.huya.com）和“斗鱼”网站（www.douyutv.com）等。

8参见 <http://www.dota2.com.cn/event/201505/invitation/international.htm>。

9见 <http://www.teamliquid.net/forum/brood-war/123275-update-kespa-speaks-out-on-intellectual-property-rights>。

10该诉讼最终以和解告终，见 <http://www.teamliquid.net/forum/brood-war/223866-blizzard-kespa-license-official>。

11据报道，上海耀宇文化传媒有限公司已于 2015 年 2 月起诉广州斗鱼网络科技有限公司侵权，理由是原告购买了游戏“DOTA2”2015 亚洲杯比赛的“独家视频转播权……以及通过互联网、手机、移动电视等新媒体平台的赛事全程网络直播、轮播和点播等各项独家权利”，而被告未经许可对游戏比赛进行直播。见《火猫起诉斗鱼侵权 索赔数千万》，<http://game.people.com.cn/n/2015/0202/c48622-26492294.html>。Dota2 游戏的经营者也曾要求未经许可的直播者停止直播，见《非官方解说做 DOTA2 赛事直播是否侵权？》<http://dota2.gk99.com/article/2013/0912/1-68843-1.html>。

1. 游戏直播与电子竞技产业

由于游戏产业对 GDP 的贡献巨大（在我国甚至已经几倍于电影产业）¹²，而其中电子竞技产业的发展高度依赖于游戏直播所吸引的巨大观众群体，因此国际上对于游戏直播涉及的著作权问题出现了一种声音，要求为了保障电子竞技产业的发展，不允许用著作权阻止游戏直播。如韩国电子竞技委员会在与美国暴雪公司的争议中就提出：“如果游戏开发商在其游戏已经成为电子竞技核心项目之后，还要主张其权利以实现其利益的最大化，将构成对电子竞技产业这一面向未来的娱乐产业的严重威胁。”¹³美国也有评论者认为，如果作品已经成为新兴竞技项目或产业的基础，且作者未尝意图以相同的方式使用作品，则作者无权禁止以此种方式进行的使用。以在韩国经久不衰的《星际争霸》为例，《星际争霸》应当被认为是一种准公共产品，即使暴雪公司应当获得许可费，也不能允许其轻易禁止游戏直播，以保护此种公共产品持续存在的权利和相关各方的利益¹⁴。

笔者认为，与游戏直播相关的产业利益虽然重要，但这并非是否定游戏著作权人行使权利的理由。如果一种产业建立在侵犯他人著作权的基础之上，则该产业的利益并不值得保护。例如，《超级女声》、《快乐男声》、《中国好声音》等选秀节目在我国各大电视台层出不穷，也形成了一种产业，但并不能因为观众喜爱选秀节目，而且音乐作品是选秀比赛和相关产业的基础，就认为音乐作品著作权人无权禁止各电视台未经许可组织参赛歌手进行现场表演并进行现场直播。同样的道理，百度和雅虎等音乐搜索引擎提供的 MP3 歌曲搜索和下载服

12 《南方周末》一篇相关报道的标题恰如其分地说明了这一现象——《为了 GDP，好好打游戏》，<http://games.sina.com.cn/g/n/2013-09-13/1024733097.shtml>。

13 见韩国电子竞技委员会的声明，<http://www.teamliquid.net/forum/brood-war/123275-update-kespa-speaks-out-on-intellectual-property-rights>。

14 See Jacob Rogers, Crafting an Industry: An Analysis of Korean StarCraft and Intellectual Properties Law, Harvard Journal of Law and Technology Digest (2012), <http://jolt.law.harvard.edu/digest/copyright/crafting-an-industry-an-analysis-of-korean-starcraft-and-intellectual-properties-law>.

务满足了千百万用户免费欣赏音乐的需要，但对第三方网站中明显侵权的音乐设置链接并进行推荐构成帮助侵权¹⁵，音乐搜索引擎最终是通过与代表音乐著作权人的集体管理组织合作而实现了服务的合法化。而且，如果一方面承认游戏权利人应当从游戏直播中获得许可费，另一方面又否认其可以通过行使著作权禁止游戏直播，等同于认为对游戏直播属于法定许可。但法定许可必须由法律创设，在著作权法尚无规定的情况下，如果法院认为游戏直播落入了游戏著作权的规制范围，不能因考虑游戏直播涉及的产业利益而剥夺游戏著作权人行使禁止游戏直播的权利。

同时需要指出的是，有些游戏直播与电子竞技并无关系，未参与任何游戏竞赛的用户也可以通过网络对其运行游戏的过程进行直播。这种游戏直播与电子竞技中的游戏直播在行为特征上并无区别。如果以“（游戏）作品已经成为新兴竞技项目或产业的基础”作为法院认定游戏直播不构成侵权的理由，则电子竞技中的游戏直播不构成侵权，而与电子竞技无关的游戏直播则可能构成侵权。这种区别显然缺乏法律依据，也是不公平的——对于同一名游戏用户而言，在运行同一游戏并进行直播时，既可能参加游戏竞赛又可能不参加游戏竞赛，为何相同的行为会导致不同的定性呢？

由此可见，对于游戏直播是否构成对著作权的侵权，以及游戏著作权人是否有权禁止未经许可的游戏直播，不能仅从游戏直播涉及的产业利益考虑，而是应当回归著作权法自身的规则。

2. 游戏直播涉及的作品类型与专有权利

电子游戏是多种类型作品的复合。首先是计算机程序，即可被计算机“执行的代码化指令序列，或者可以被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序

15 北京市第二中级人民法院，（2007）二中民初字第 02622 号；北京市高级人民法院，（2007）高民终字第 1184 号。

列或者符号化语句序列”(以下简称“代码化指令序列”)¹⁶。其次是以代码的形式存在,并可被代码化指令序列调用的其他类型作品,包括电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品(以下简称“影视作品”),如游戏中事先拍摄或制作好的影视或动漫场景,以及根据用户的操作发生变化的连续画面¹⁷和音乐作品,如游戏中的音乐和歌曲等。游戏直播并不涉及计算机程序本身,因为受众并不能因此获得代码化指令序列本身。但是,受众可以感知游戏画面以及音乐。换言之,游戏直播实际上传播了游戏中的影视作品和音乐作品。

需要指出的是,在我国首例涉及游戏直播的案例“上海耀宇文化传媒有限公司诉广州斗鱼网络科技有限公司案”中,判决书认为:

我国《著作权法》保护的客体是在文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。由于涉案赛事的比赛本身并无剧本之类的事先设计,比赛画面是由参加比赛的双方多位选手按照游戏规则、通过各自操作所形成的动态画面,系进行中的比赛情况的一种客观、直观的表现形式,比赛过程具有随机性和不可复制性,比赛结果具有不确定性,故比赛画面并不属于《著作权法》规定的作品,被告使用涉案赛事比赛画面的行为不构成侵害著作权¹⁸。

该表述曾让不少人认为,法院否认游戏画面可构成影视作品,但笔者对此有不同解读。从本案事实来看,原告从涉案电子游戏著作权人处获得了在中国大陆地区对游戏赛事的“独家的视频转播权”,在转播过程中,其不仅使用了软件截取的比赛画面,还插入了比赛解说和直播间画面等内容,并非仅仅单纯地对比赛画面进行直播。在这种情况下,法院实际上要解决的问题是:在游戏进行过程中,因选手的操作而形成的画面,是否构成了一个不同于游戏中所含影

¹⁶ 参见《计算机软件保护条例》第3条。

¹⁷ 我国法院也曾认为,电子游戏中的视频和动画特效可以构成电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品,参见《上海市第一中级人民法院民事判决书(2014)沪一中民五(知)初字第23号》。

¹⁸ 上海市浦东新区人民法院,(2015)浦民三(知)初字第191号。

视作品的新作品？换言之，法院的上述表述，并不涉及电子游戏中所含画面是否为影视作品，它仅否定了用户在玩游戏的同时创作出了新作品的观点。

确实，用户运行涉案游戏程序而形成的画面，不可能超出程序设计者设定的范围。无论是游戏画面的场景、人物形象和人物各种姿势，都是程序中预设的。用户只是通过个性化的操作将游戏程序中原本就包含的各种可能性中的一种加以实现而已，因此并没有创作出有别于原有作品的新作品。因此，对于游戏直播而言，问题的关键并不是游戏中是否包含了作品，以及作品著作权的归属，而是直播涉及的专有权利。

那么，这种对作品的传播，涉及《著作权法》中规定的哪一种专有权利呢？如果电视台对一场游戏比赛的画面以无线方式进行了现场直播，该行为当然涉及《著作权法》中的“广播权”。但如果玩家仅是借助互联网进行了同步直播，其行为并非受“广播权”控制的行为。我国《著作权法》对“广播权”的定义是：“以无线方式公开广播或者传播作品，以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品……”¹⁹而通过互联网对游戏进程的直播，既不是以无线方式进行的传播，也不是在接收到某一广播组织的无线传播之后，再进行的无线或有线的转播。同时，该行为也不涉及“信息网络传播权”，因为它并不是一种“使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品”的行为²⁰，即并非交互式网络传播行为。

但是，根据我国加入的《世界知识产权组织版权条约》（WCT），著作权人应当享有一项广义的向公众传播权，能够涵盖以各种技术手段向公众传播作品的行为。类似于游戏直播的非交互式网络传播行为，当然也应当被纳入其中。对于受WCT保护的外国著作权人，我国负有保护其向公众传播权的条约义务，而对于本国权利人，我国也应提供同等保护，否则将出现“超国民待遇”。由于我国《著作权法》本身没有规定一项广义的向公众传播权，应当将《著作权法》规定的“兜

¹⁹ 《著作权法》第10条第1款第（十一）项。

²⁰ 《著作权法》第10条第1款第（十二）项。

底权利”——“应当由著作权人享有的其他权利”²¹解释为涵盖该项权利²²。

3. 游戏直播与合理使用

既然游戏直播涉及对作品的公开传播，那么未经许可进行游戏直播，除非属于合理使用，否则构成对相关权利人的侵权。虽然我国《著作权法》第22条穷尽式地列举了那些无须经过许可也无须付酬的使用作品的情形，其中并不涉及游戏直播，但我国法院早已开始借鉴美国法院在司法实践中发展出来的、用于判断合理使用的“转换性使用”因素。

美国《版权法》第107条列举了法院为在认定合理使用时应考虑四个要素，其中第一个因素是“使用的性质和目的”。美国法院认为，对作品的使用是否具有转换性，对于该因素的运用最为重要²³。所谓“转换性使用”，是指对原作品的使用并非为了单纯地再现原作品本身的文学、艺术价值或者实现其内在功能或目的，而是通过增加新的美学内容、新的视角、新的理念或通过其他方式，使原作品在被使用过程中具有了新的价值、功能或性质，从而改变了其原先的功能或目的²⁴。例如，评论家为了评论一首短诗而在论文中引用了短诗全文。原作——短诗在评论文章中的作用就发生了转换。评论文章不是为了单纯地展示这首短诗的艺术价值，让读者仅仅欣赏短诗本身，而是将短诗作为引子，使读者更好地理解文章对短诗的评价。评论文章的主要价值和功能，不在于它所引用的短诗本身，而在于对短诗的评论部分。

需要指出的是，虽然“转换性使用”常常发生在新作品对原作品的评论中，但美国法院早已澄清，并非只有为评论目的的使用，或者在创作新作品中的使用才可能构成“转换性使用”。例如，在“谷歌缩略图案”中，谷歌将其他网站

21 《著作权法》第10条第1款第（十七）项。

22 我国法院已经做出了此种解释，参见《北京市第二中级人民法院民事判决书，（2008）二中民初字第10396号》；《北京市高级人民法院民事判决书，（2009）高民终字第3034号》。

23 American Geophysical Union v. Texaco, 60 F3d 913 c.

24 Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 579 (1994) .

中的图片制作成缩略图进行存储并向用户展示；在“论文防抄袭系统案”中，被告根据与学校的协议将大量论文存入防抄袭系统用于比对新提交论文的重复率。两案的被告并没有对图片进行评论或在自己创作的新作品中使用，但法院仍然认为这些使用构成“转换性使用”，因为前者的作用在于使网络用户快速且有效地浏览搜索结果，后者的作用是发现抄袭行为，都不是为了代替原作的功能——展示美感和表达思想观点²⁵。美国法院明确指出：“在不改变原作品或增添新内容的情况下，也可以形成对原作品功能或目的的转换”²⁶。

显然，一种使用作品的行为越是具有转换性，对于该作品市场价值的影响就越小，这是因为“转换性使用”所实现的功能与目的与被使用作品的预期功能与目的并不重合，作品不会因为“转换性使用”而丧失其目标受众，从而影响权利人对作品的正常使用以及其通过许可获得的经济利益。这样一来，美国《版权法》第 107 条规定的判断合理使用的第四个因素——使用对作品潜在市场的影响，也有利于“转换性使用”的实施者。因此，虽然“转换性使用”对于认定合理使用而言并非“绝对必要”²⁷，但对作品的高度转换性使用一般都能被认定为合理使用。

在我国的司法实践中，法院在判断一种未经许可使用作品的行为是否构成合理使用时，也考虑了“转换性使用”的因素。如在“谷歌数字图书馆案”中，法院指出谷歌提供作品一小段的行为“构成对原告作品的转换性使用”，这成为认定该行为属于合理使用的重要理由²⁸。

游戏直播显然具有“转换性使用”的性质，这一点使它有别于对电影的直播。如果某人在家中计算机上观看电影时，由电视台用摄像机对准其屏幕中显示的电影进行直播，或者由此人使用直播软件通过网络进行直播，供其他用户通过网络

25 Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146, 1165 (9th Cir.2007), A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, 562 F.3d 630, 640 (4th Cir. 2009) .

26 A.V. ex rel. Vanderhye v. iParadigms, 562 F.3d 630, 640 (4th Cir. 2009) .

27 Author's Guild v Google, 954 F.Supp.2d 282, 291 (S.D.N.Y. 2013) .

28 北京市第一中级人民法院，(2011)一中民初字第1321号。

同步观看，在未经许可的情况下当然构成侵权。这是因为拍摄、制作电影以及对电影以上述方式进行直播的目的和效果并无二致，都是让公众依靠视听欣赏电影画面和其反映的故事情节或思想感情。同时，电影自身的特征也决定了电影的受众（观看直播的人）是被动的受众，他们只能消极地观赏预先拍摄和制作完成的影像。对于同一部电影而言，无论由谁实施了直播行为，也无论由谁接收并观赏电影直播，电影画面都是相同的。因此，电影直播没有以任何方式转换电影作品的作用——以连续的画面和配音展示思想情感和艺术美感。

正是由于电影直播不具备转换性，它会对电影传播市场产生直接影响。无论是在电影院放映电影，还是在互联网上提供电影点播或直播，或是销售电影DVD，本质上都是让公众通过视听方式欣赏电影并为之付费。这就是电影著作权人获得收入的主要方式。通过电影直播观赏过电影的人，往往不会再付费点播同一部电影。因此，未经许可实施的电影直播与权利人自行或许可他人进行的电影传播形成了直接竞争和替代关系，并不构成合理使用。

与之形成对比的是，电子游戏并非是供公众单纯依靠视觉进行被动欣赏的作品，而是高度依赖于每名用户个性化并具有互动性的参与。用户运行游戏并为之付费的目的，并非是欣赏游戏画面和其反映的故事情节或思想感情，而是通过操控游戏中的角色、完成各种任务而获得心理的满足。对于游戏画面而言，除了游戏开始、结束部分和其中某些过渡场景和特效固定不变之外，其余部分基本都根据用户的个性化选择和操作而有所区别。不同的用户运行同一游戏时，所产生的游戏画面在多数情况下并不相同，而是因人而异²⁹。换言之，运行游戏的目的和效果不是去“看游戏”，而是去“玩游戏”。这就是为什么游戏用户们被称为“游戏玩家”而不是“游戏观众”。游戏制作者获得收入的主要方式，也是以良好的游戏体验吸引用户购买游戏光盘、服务和其中的虚拟道具，而不是播放画面。

29 如上文所述，用户运行游戏所产生的游戏画面并不构成有别于原有作品的新作品。同时，直播如果是通过内置在用户计算机中的抓屏软件实现的，仅是对实时画面的机械录制，并无独创性可言，无法形成新作品。由于这种录制并非由人所为，类似于银行内的监控探头所进行的自动拍摄，甚至不能形成“录像制品”。

对于运行游戏的用户而言，精美的游戏画面当然是吸引其参与游戏的动因之一。但是，如果不存在其对游戏的参与，即操控游戏中的角色完成各种任务，无论游戏画面的制作多么精良，用户也不会去为游戏付费。当然，此时也不可能存在人们通常所理解的“电子游戏”了。如果该直接运行游戏的用户对游戏过程实施直播，其目的也不是让其他用户去欣赏游戏中的固有画面本身，而是形成“网络围观”，向其他用户展示其游戏技巧和业已取得的战果。同样，其他用户愿意观看游戏直播，主要是为了学习该名玩家的经验或对其技巧与业绩进行评价，并不是为了单纯欣赏游戏中的固有画面。在目前网络游戏本身几乎全部免费，游戏运营商主要依赖销售虚拟道具赢利的情况下更是如此。

由此可见，游戏直播对于游戏中画面的传播具有转换性。它不是为了单纯地再现画面本身的美感或所表达的思想感情，而是展示特定用户的游戏技巧和战果。对于电子竞技的直播则更多的是为了让观众了解游戏玩家在同一游戏中相互激烈竞争的情形，具有更强的转换性。这种转换性也决定了它对游戏市场的影响是有限的，因为游戏开发商赢利的主要途径，是通过包括对画面在内的游戏设计，吸引用户为运行游戏（“玩游戏”）付费。正是由于游戏带来的乐趣在于互动性的参与，而不是对游戏的观赏，因此原本希望“玩游戏”的用户并不会仅因为观看了游戏直播就得到了满足。当然，也许会有部分用户观看游戏直播后会觉得游戏质量低劣、难度过大或过小，从而不再愿意购买游戏服务。但这种“损害”并非是著作权法意义上因未经许可利用作品而带来的损害，因为它并非源于作品之间的相互竞争和替代关系。正如在评论文章中引用他人小说片断并批评其写作水平低下，或者在讽刺性模仿文章中通过模仿他人小说的语句对其进行嘲讽，都可能会导致部分读者不再购买小说，但这并不影响对合理使用的认定³⁰。相反，在通过游戏直播旁观了他人运行游戏的过程后，有些用户会被激发购买游戏服务，以便自己亲身体验游戏，因此增加了游戏的使用量³¹。

30 见 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 591-592 (1994) .

31 例如，《星际争霸》游戏在韩国经久不衰就与该游戏的电子竞技和电视直播有关，见 Brian Ashcraft, *Why Is StarCraft So Popular In Korea?*<http://kotaku.com/5595262/why-is-starcraft-so-popular-in-korea>.

这类类似于对幼儿进行拼图的过程进行直播，虽然图案本身可能是受保护的美术作品，但观众们观看直播的目的并非是欣赏图案自身的美感，而是幼儿在拼图过程中展示的童趣和技能。节目的播出不但不会影响图片的版权价值，反而可能促进图片以拼图形式所进行的销售。

毋庸置疑，电子游戏也存在衍生市场，如将游戏拍摄成影视剧等³²。然而，游戏直播并不影响游戏画面的衍生市场，这是因为后者与电影市场类似，是基于画面自身的美感和其反映的思想感情吸引公众付费，与游戏用户通过直播了解其他用户的游戏技巧和战果的需求并不重合。可能正是因为如此，目前国外著名的游戏网站 Twitch 虽然已经开始采用过滤技术扫描用户上传的视频，但并不针对游戏直播³³。针对美国暴雪公司与韩国电子竞技委员会和电视台的诉讼，有美国评论者从美国《版权法》的角度指出：“暴雪公司不能证明因广播业（对游戏的直播）而蒙受了损失。当作者从未意图以某种方式使用作品，让作者就他人以该方式对作品的使用获得报酬，难道说就可以实现促进创作的目标么？”³⁴在游戏直播构成转换性使用且不会影响游戏市场的情况下，游戏直播可以被认定为合理使用。为游戏直播提供平台的网络服务提供者也因不存在直接侵权，而无须承担间接侵权责任。

当然，游戏直播并非在任何情况下、针对游戏中的任何作品都具有转换性。例如，游戏开始部分有可能含有精心制作的动漫，它并非作为游戏场景使用，而是纯粹供用户欣赏的，与普通的动漫无异。如果某一名用户很喜欢这段动漫并希望与他人分享，而且只直播了这一段画面，当然不是转换性使用，而是构成对著作权的侵权。同时，一些游戏中还含有专门为游戏创作的音乐或经授权

32 例如，2014 年热播的电视剧《古剑奇谭》就是根据电子游戏《古剑奇谭：琴心剑魄今何在》改编的。

33 参见《侵权内容扫描不针对游戏直播》，<http://www.wankr.com.cn/industry/76548>；Eric Johnson, Twitch Will Mute Copyrighted Music in On-Demand Videos, <http://recode.net/2014/08/06/twitch-will-mute-copyrighted-music-in-on-demand-videos/>.

34 见 Jacob Rogers, Crafting an Industry: An Analysis of Korean StarCraft and Intellectual Properties Law, Harvard Journal of Law and Technology Digest (2012), <http://jolt.law.harvard.edu/digest/copyright/crafting-an-industry-an-analysis-of-korean-starcraft-and-intellectual-properties-law>.

使用的影视金曲等音乐，游戏直播也会导致对其中音乐的直播。受众即使对游戏本身不感兴趣，也可以欣赏其中音乐。如果在直播时未能屏蔽其中的音乐，至少不构成对音乐的转换性使用，因为在游戏直播中对音乐的传播，与在其他情况下对音乐的传播并无区别，都导致受众可以欣赏音乐本身的美感，因此可以起到替代原作品的作用。

4. 结语

由此可见，未经游戏著作权人许可的游戏直播对于游戏中的影视作品可构成转换性使用，且难以形成市场替代，可被认定为合理使用。这样的结论不仅符合《著作权法》原理，而且有利于电子竞技产业的发展。

04 互联网时代知识产权行政管理体制改革的法治方向研究

王 淇

国家知识产权局知识产权发展研究中心副研究员

在新兴的互联网时代，各类创新创业风起云涌，传统的知识产权制度在受到挑战的同时，既有的知识产权管理体制也受到冲击。在国家实施“互联网+”和大众创业、万众创新的战略背景下，互联网领域的组织、技术与管理的创新是驱动国家未来发展的重中之重，支撑创新驱动发展的知识产权管理体制本身也在自我调整，以适应新形势满足新需求。2015年12月，国务院印发《关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》（以下简称《意见》）。《意见》要求：“深入实施国家知识产权战略，深化知识产权重点领域改革，实行更加严格的知识产权保护，促进新技术、新产业、新业态蓬勃发展，提升产业国际化发展水平，保障和激励大众创业、万众创新。”“到2020年，创新创业环境进一步优化，形成国际竞争的知识产权新优势。”¹依据宪法的相关规定和知识产权治理的一般规律，互联网时代的知识产权行政管理体制改革，应当遵循“合宪依法、顶层设计、规范协调、简政放权”四大法治方向。

¹ 新华网，2015年12月22日 15:27:27。

1. 问题的提出

根据 2008 年《国家知识产权战略纲要》和《意见》的部署，知识产权强国建设的着力点在于推进知识产权重点领域和关键环节的改革取得决定性成果，基本形成权界清晰、分工合理、责权一致、运转高效、法治保障的知识产权体制机制，基本实现知识产权治理体系和治理能力现代化。进一步完善知识产权授权确权和执法保护体系，进一步优化创新创业环境，逐步形成产业参与国际竞争的知识产权新优势；区域知识产权能力建设获得大发展，建成一批知识产权强省、强市。

从现状来看，知识产权体制机制虽然初步实现了“有法可依”，但尚未形成运转高效的局面。一方面，从互联网创新创业的环境来看，“九龙治水”的分散式知识产权管理体制无法及时回应互联网技术迅速更迭对于知识产权保护效率和强度的迫切需求，各类知识产权的申请与注册要历经各个管理部门各自不同的行政程序，加重了互联网创新创业的制度成本，降低了互联网企业知识产权布局的效率。另一方面，从知识产权能力建设来看，行政管理与行政执法一体化，导致知识产权管理机构不仅仅享有知识产权保护、协调、服务等管理职权，同时还进行知识产权案件的调解、裁决及知识产权违法行为的查处，集管理和处罚职能于一身。特别是地方知识产权管理机构既是知识产权的公共服务提供者，又是知识产权违法行为的行政执法者，这两种截然不同的行政职能决定了地方知识产权管理机构定位上的“人格分裂”，既削弱了知识产权公共服务和社会服务的水平，也导致了无法充分保护本地区有特色的各类创新创业的知识产权，区域知识产权能力受到限制，改革势在必行。

2. 国际经验借鉴

目前世界上绝大多数国家和地区的知识产权行政管理采取集中管理模式，实行专利、商标“二合一”或专利、商标、版权“三合一”管理。而从世界范围内的发展趋势看，随着跨太平洋战略合作伙伴协议（TPP）、跨大西洋战略合

作伙伴协议（TTIP）等国际服务贸易和投资新规则的推进，关税及其他商业管制壁垒将逐步削弱，而实施产权保护标准将日益提升，加强知识产权管理机构的整合日益成为知识产权制度回应新技术对知识产权保护需求的重要方向。

以美国为例，涉及知识产权保护的部门众多，包括美国贸易代表办公室、美国贸易委员会到司法部、版权局、专利商标局以及新近设立的知识产权协调员等。多级管理的弊端就是知识产权保护的行政资源过于分散，知识产权行政保护效率低下。美国商务部 2004 年的报告《再度崛起的数字经济》即开始关注信息技术对经济发展的基础性作用²，在这些常规的知识产权保护措施之外，美国政府着力构建多层次、一体化的国内外知识产权保护体制，通过强调机构协作、有效整合政府资源，打破美国知识产权执法机构各自为政的局面。在知识产权执法协调员这一特定机构的协调之下，美国贸易代表、国土安全部、国务院和司法部等多个部门协同开展了打击盗版以及商标假冒的工作，美国的知识产权执法行动更加全面和有力。而且，美国还不断强化政府部门的行政效能和提高工作效率。美国实行各种围绕减少专利积压、提高审查效率，通过与谷歌合作和合理地方布局的方式，让专利和商标数据更易于公众获取和使用，也满足用户在新时期对专利和商标信息需求。2011 年 10 月 28 日，美国总统奥巴马签署备忘录，指示所有研究机构应促进其研究项目的市场转化。为此，美国专利商标局（USPTO）与美国国家科学基金会（NSF）共同启动一项试行项目，通过利用美国局的小企业扶持项目和资源优势，为小企业创新研究项目³（SBIR）基金获得者提供全方位的知识产权支持。

欧盟知识产权体制的现代化和一体化也对互联网技术创新和欧洲经济的竞争力做出重要贡献。2011 年 5 月 25 日，欧盟委员会公布其新的知识产权保护战略“蓝图”，对欧洲现行的知识产权相关政策予以修改，以期激励、提升欧洲的创新和创造力水平。该“蓝图”在前言中写道：在过去几年，技术的日新月异，

2 吴汉东，郭寿康．知识产权制度国际化问题研究[M]．北京：北京大学出版社，2010 年版，第 12 页。

3 为鼓励有创新能力的美国高新技术小企业参与美国联邦政府的研发工作，1982 年，美国国会批准实施全美最大一项研发项目——小企业创新研究项目（SBIR）。SBIR 规定，凡研发经费超过 1 亿美元的联邦部门，需按 2.5% 拨出资金作为高新技术小企业的研发项目基金。

尤其是互联网活动的日益重要，已彻底改变了知识产权的运作方式。当前欧盟层级和各成员国知识产权保护策略混杂的情形已不再适应形势的发展，有必要推动欧盟知识产权的现代化。此外，欧盟还通过地方服务、企业服务和在线翻译服务，回应社会公众和权利人对于知识产权服务的需求。

3. 地方试点与合法性之争

相比之下，中国是世界上少数几个仍然实行专利、商标、版权“分散管理”的国家。最近几年，我国不少地方都对知识产权管理机构进行“大部制”改革试点和试验。改革的路径主要分为两种：一种是“市场监督管理整合”路径，以深圳市为代表。2009年，深圳市为理顺市场监管体制，解决工商行政管理、质量技术监督部门职能交叉、职权不清问题，同时为加强专利、商标、版权以及食品安全的执法监督职责，充分有力地保护知识产权，将知识产权局、工商行政管理局、质量技术监督局等职责整合划归市场监督管理局；另一种是“知识产权集中管理”路径，以上海自贸区和长沙市为代表。2014年，上海浦东新区自贸区率先探索建立专利、商标、版权“三合一”的知识产权行政管理和行政执法机构，建立专利、商标与版权的“一站式”审查与登记窗口服务方式，形成“监管和执法统一、保护和促进统一、交易和运用统一”的知识产权工作体系，有利于提供便捷高效的公共服务，推动大众创业、万众创新。

地方知识产权管理体制改革的上述两种路径，都是顺应了中国由“世界工厂”到“世界创新中心”的重大转型，回应了新技术、新模式和新业态对于知识产权保护快捷、便利、高效的需求，从建设服务型、高效型、法治型和廉洁型政府的角度出发进行的探索，为下一步推进我国地方知识产权管理机构的合理设置产生了良好的导向。但是，其中的反对声音也不容忽视。在长沙市知识产权管理机构“三合一”改革过程中，对于《商标法》第二条第一款“国务院工商行政管理部门商标局主管全国商标注册和管理的工作”的规定应当做何理解，各方反映不一。国家工商总局认为，依据《商标法》的规定，长沙市的改革不合法，不应将商标局管理商标注册的职能划归知识产权局。长沙市政府认为，商标法中的工商管理部门不限于固定机构，可做广义理解，负责工商事务

的不仅仅是一个部门，各地职责不尽相同，相应事务不同地方会在不同部门。换言之，有关具体工商事务可以在部门间进行职责调整。这一个案集中反映了法律与政策性文件之间的冲突，也说明了法律与政策统一协调的必要。

因此，在法治的框架下根据互联网创新创业的需求，处理好深化改革与依法治国的关系，进一步通过立法完善知识产权行政管理体制，发挥知识产权行政部门的专业性优势，理顺行政管理和司法保护的双轨运行，促进对于互联网新业态、新商业模式的知识产权保护，对于我国抢占“互联网+”发展先机、实现创新驱动发展意义重大。

4. 改革的法治方向

目前，从互联网创新创业的新需求来看，知识产权管理体制机制相关立法作为上层建筑，与经济基础的不相适应也日益明显。具体表现为：在知识产权立法与法治改革过程中，宪法、法律与其他法律渊源之间的相互关系有待理顺，法律的整体性、协调性有待完善；在知识产权行政执法过程中，法律与政策之间的关系有待澄清，互联网企业与创新主体的市场行为与政府部门的行政规制之间的互动有待协调，知识产权行政管理制度与司法治理制度之间的相互关联有待调整；在中央与地方、地方各部门之间，中央知识产权管理体制的顶层设计与地方对口管理体制的“底层方案”之间有待无缝对接。只有在以上提及的诸多方面深入探索，才能够按照中央深化改革的要求，沿着降低行政高成本、优化制度和管理的大方向，实现符合中国国情和实践需要的知识产权治理。笔者认为，改革可以沿着以下四个法治方向循序渐进。

4.1 合宪依法

宪法是国家根本法，具有最高法律效力，对国家基本政治制度、基本经济文化制度、公民基本权利和义务、国家机构、宪法保障等重大事项进行规定，一切法制改革，应以宪法作为宗旨和根本依据，不能违背宪法的精神、原则和规定。

多门类知识产权集中管理主要是对现有分散在各个国家行政机关的知识产权类别进行统一管理,对于原有管理体制机制进行重构,此项改革应按照宪法的要求加以设计,依据宪法的规定加以论证。同时,在实践中,由地方率先进行试点改革、进而推广的做法,不仅涉及宪法中的中央和地方关系,而且涉及上位法与下位法,法律与政策之间调整、衔接的复杂法律问题。这要求知识产权相关机制体制改革应以宪法为根本依据,符合宪法的原则和规则。

现行宪法(1982年宪法)未明确提及知识产权行政管理体制,但对中央与地方行政机关的关系做出了原则性规定。《宪法》第三条第三款规定:“中央和地方的国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则。”在中央静态权力的层面,第85条确定了最高国家行政机关的地位,是行政权领域里中央核心地位的集中表述;第89条列举了国务院享有的职权,进一步明确了中央行政的主导地位;第90条规定了国务院各部、各委员会在本部门的权限内,发布命令、指示和规章的权力;在地方静态权力的层面,在第107条对地方各级行政机关的权力进行了概述。在中央和地方动态关系上,《宪法》第110条规定:“全国地方各级人民政府都是国务院统一领导下的国家行政机关,都服从国务院。”因此,在中央和地方关系上,我国宪法采取单一制,中央与地方行政机关之间是纵向的“领导—服从”关系。根据单一制原则,地方行政制度的相关改革,应得到中央行政部门的依法授权。

而在改革实践中,历史证明,行之有效的改革方案往往以地方性的试验和试点为发端,遵循“先行先试—确认推广”的模式。这一做法一方面符合改革与发展的一般规律,一方面却与宪法中的单一制形成隐含冲突,容易引起宪法上的争议。在知识产权管理体制的改革过程中,对此问题也需要加以注意,认真对待。

关于地方知识产权管理体制改革的合宪性,不能局限于对宪法条文的机械理解,需要结合国家改革的宪法实践通盘考虑。

第一,根据单一制的要求,地方知识产权管理体制的相关改革,应得到国务院的明确法律授权,而这种授权应符合宪法与法律的相关要求。

第二,应根据《宪法》第三条“充分发挥地方的主动性、积极性的原则”的宪法解释,作为赋予地方在中央统筹领导下,自主进行相关改革试验的宪法依据。

第三,从宪法实践角度来讲,应动态把握我国中央与地方之间的相互关系。1958年,毛泽东同志在武汉会见英国蒙哥马利元帅时曾指出:“(对于治理国家)我没有什么经验,就是中央集权多了,我就下放一点;地方分权多了,我就收上来一点。”这绝非是对中央与地方关系的政策解读,而是对宪法中的中央与地方法律关系的动态解释。这一解释说明,我国中央与地方的关系根据实际情况处于动态的稳定之中,是我国调整中央与地方关系经验式进路的典型写照。

第四,由于宪法规定比较原则,以间接实施为主,因此需要结合其他宪法性文件和全国人大及其常委会制定的法律进行统一解释,为地方的行政体制机制改革提供宪法和法律论证。这些依据包括《全国人民代表大会组织法》、《中央人民政府组织法》、《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》和《立法法》等宪法性文件、《专利法》、《商标法》和《著作权法》等知识产权单行法。在统一解释和法律论证过程中,相关宪法性文件与单行法之间的法律冲突应予以重视。同时,在行政法规、部门规章,与地方性法规和地方政府规章中,也存在着大量的法律冲突与制度障碍,需要依据宪法的规定和改革的要求加以清理和理顺,从而摆脱相关体制机制改革的法律规范支撑作用不足的困境。

总之,知识产权集中管理的推进应当以宪法和相关法律为上位法依据,在法治的框架之下推进知识产权治理现代化。在具体落实方面,需要做到以下两点。

一是厘清中央和地方知识产权事权的划分。既包括事权在中央和地方(通常指高级地方政府)之间的配置,即中央同省、自治区、直辖市、特别行政区之间的事权划分问题;也包括事权在地方各级政府之间的配置与划分,在我国,主要指的是地方事权在省级(省、自治区、直辖市,但不包括特别行政区)、副省级市、地级市(包括自治州、地区)以及县(包括县级市、自治县和市辖区)、乡镇之间的分配问题。

二是提前部署积极立法,为知识产权集中管理的改革试点提供明确的法律依据。在中央层面,依据《立法法》第八条或者第六十五条的规定,由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律或者国务院制定行政法规,明确授权地方开展知识产权改革试验;也可以依据《立法法》第十三条的规定,由全国人民代表大会及其常务委员会根据改革发展的需要,决定就知识产权行政管理等领域的特定事项授权在一定期限内,在有条件的地方暂时调整或者暂时停止适用相关知识产权法律的部分规定。在地方层面,依据《立法法》第七十二条的规定,由省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,制定知识产权集中管理的地方性法规,开展知识产权综合管理改革试点。

4.2 顶层设计

习近平同志提出:“改革开放是前无古人的崭新事业,必须坚持正确的方法论,在不断实践探索中推进。摸着石头过河,是富有中国特色、符合中国国情的改革方法。摸着石头过河就是摸规律,从实践中获得真知。摸着石头过河和加强顶层设计是辩证统一的,推进局部的阶段性改革开放要在加强顶层设计的前提下进行,加强顶层设计要在推进局部的阶段性改革开放的基础上来谋划。要加强宏观思考和顶层设计,更加注重改革的系统性、整体性、协同性,同时也要继续鼓励大胆试验、大胆突破,不断把改革开放引向深入”⁴。

目前,我国知识产权地方行政管理体系比较混乱,需要在深化改革中进行大胆探索。在知识产权主要管理部门中,工商管理系统实行垂直管理,形成自上而下的统一组织和管理体系,但商标管理仅是工商管理的一部分业务。版权局与新闻出版广播电视厅(局)是“一套班子,两块牌子”。有的地区则将版权局的牌子加挂在文化局。各地知识产权局(专利管理部门)的设置也各不相同,由各地地方政府决定,机构模式不同,受重视程度和发挥的作用也千差万别。有的是政府行政序列,有的是政府所属事业单位,有的是正厅级,有的是副厅、

4 “习近平同志关于全面深化改革的十个重要论点”,红旗文稿,2014年12月13日 14:15:27。

处级；有的是独立机构，有的是地方科技厅（局）内设机构。

近年来，地方知识产权集中管理的试验和试点已经涌现了不少案例，上文提到的两种模式的改革，包括深圳大部制改革、上海浦东、四个自贸区、苏州、长沙等地开展的知识产权“三合一”或“二合一”综合管理的实践。2009年，深圳将知识产权的执法权统一归于市场监管部门，强化了知识产权执法优势。2014年，上海浦东新区自贸区率先探索建立专利、商标、版权“三合一”的知识产权行政管理和行政执法机构，为下一步推进我国地方知识产权管理机构的合理设置产生了示范作用。苏州在将专利与版权管理“二合一”后，不仅有利于专利管理工作，而且版权管理工作都取得了长足进步。2015年，长沙市则建立集中统一的知识产权（专利权、版权、商标权）管理体制，加强知识产权执法体系建设。这些都为开展知识产权综合管理改革探索了方向、积累了经验。

在底层方案取得局部的、阶段性改革成果之后，便需要中央的顶层设计与之相互协调匹配，为之提供总体架构，使其获得方向指引和统领保障。顶层设计与底层方案相互贯通、彼此协调，不仅有利于政令畅通，而且有利于下情上达，能够促进我国知识产权管理制度的整体优化和完善。为此，应从中央与地方匹配、各地方相互协调、管理与治理并举和国内外统筹四个方面，加强知识产权集中管理顶层设计的谋划。

一是解决地方知识产权制度实现集中管理之后与中央相关体制的不匹配问题。地方知识产权集中管理之后，中央知识产权管理依然保持“九龙治水”的局面，这种“各管一摊，分立并行”的多部门中央管理格局与地方的改革无法衔接。

二是解决地方知识产权集中管理多种方向、多套思路并存的问题。目前的改革有知识产权综合管理的模式，也有知识产权行政执法集中的模式；有“二合一”也有“三合一”的做法。在百花齐放的同时，也带来了各自为政、各行其是的隐忧。

三是解决知识产权集中管理与社会治理兼容发展的问题。知识产权的集中管理并不是最终目的，而是知识产权治理现代化的途径和保障，应当同时推进

社会治理，实现协同发展。要更加注重各项改革的相互促进、良性互动，整体推进，重点突破，形成推进改革开放的强大合力。

四是解决知识产权集中管理与涉外统筹的问题。互联网时代，各国知识产权管理部门的国际合作越来越频繁，但目前知识产权多头管理的模式加大了我国知识产权对外合作交流的难度。由于分散管理，所以其他国家与国际组织与我国进行知识产权交流合作时不得不分别同我国的知识产权局、商标局、版权局，甚至商务部、国家质量监督检验检疫局、海关总署等部门一一洽谈。譬如，泰国与我国建立知识产权合作关系时，不得和当时的国家专利局、工商局和版权局分别签订合作协议。因此，在国内的知识产权集中管理改革完成之后，我国政府在知识产权国际舞台上就可以由一个代表发出一个声音，维护我国知识产权国家利益，树立我国知识产权强国形象。

知识产权的集中统一管理，不仅是技术发展内在规律的要求，同时也是世界潮流。从世界范围看，各国知识产权行政管理出现了从分散走向集中统一的趋势。全世界实行知识产权制度的 196 个国家和地区当中有将近 55% 的成员国实施的是专利、商标“二合一”的模式。有将近 40% 的成员国实施的是“三合一”的模式，只有包括中国在内的不到 10 个国家是采用的三部门分散管理的模式。另外，从国际知识产权有关组织的情况来看，世界知识产权组织（WIPO）和世界贸易组织（WTO）都采用对专利、商标、版权等知识产权类型统一管理的模式。由此可以看出，进行知识产权综合性管理体制变革符合国际知识产权管理的通行惯例和发展趋势，有利于提升知识产权管理效能和执法绩效，为知识产权保护营造良好的环境。

4.3 规范协调

无论采取哪种集中管理的模式，都离不开知识产权法治保障，而法治的保障应当支撑创新驱动发展。目前，我国知识产权法律体系已初步形成，有关知识产权管理的法律渊源众多，法律、行政法规、地方性法规、部门规章、法律解释之间尚有冲突。地方政府对于知识产权管理机构与体制进行调整所发布的政策性文件，与法律规定的不一致，也会引起争议。

如上文提到的长沙市“三合一”的探索就引发了热烈讨论，在依法治国的背景之下，反对者提出的“违反法律”的论断，难免令社会公众心生疑惑，导致地方知识产权管理体制难以放开手脚。虽然深化改革需要的是“大胆假设、小心求证”的开拓精神，不能单纯以“违法”来一概否定任何突破现有体制的改革尝试，但是，对现行体制的改革难免会触及既有法律的原则与规则，地方人民政府采取“市场监督整合”或是“三合一”的改革，始终绕不开合法性问题。

因此，应当在合宪依法与顶层设计的前提下，依据知识产权强国建设和创新驱动发展战略的要求，重构我国知识产权法律体系。

一是清理知识产权法律法规。现有的法律法规对于知识产权管理的主体、职责、权限与程序各有规定，互有冲突，有些法律法规涉嫌“违宪”，有些法律规则不符合深化改革的立法精神，从长远上来看违背了广大人民的根本利益。有必要按照法制统一的原则和“四个全面”的精神，进行全面的梳理和整合。

二是制定知识产权基本法。主要分为“三步走”：第一步是制定知识产权基本法，第二步是在民法典中制定知识产权法编，第三步是制定知识产权法典。

第一步，因为我国目前的知识产权单行立法极其繁复，若没有一个知识产权基本法，很难将纷繁复杂而又重复冲突的法律规范进行科学编纂。知识产权基本法可将知识产权集中管理纳入其中，作为知识产权保护和运用的推进和保障机制。

第二步，中共十八届四中全会关于全面推进依法治国的决定提出要“编纂民法典”，全国人大常委会法工委也已正式启动了民法典编纂工作。在民法典中纳入知识产权法编，将有利于彰显知识产权的权利属性，协调知识产权与物权和信息财产权之间的关系，是知识产权法获得飞跃发展和社会认可的大好时机。

第三步，在知识产权基本法和知识产权法出台之后，在科学的原则和成熟的制度的指导下，按照知识财产和知识产权的基本属性，编纂统一适用的知识产权法典是知识产权法走向成熟并获得形式独立的必然选择。

4.4 简政放权

党的十八大要求加快政府转变职能，进一步简政放权，建立职权法定、全面履职、权责统一的法治政府。近日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于全面推进政务公开工作的意见》，意见提出，到 2020 年，政务公开总体迈上新台阶，依法积极稳妥试行政务公开负面清单制度，公开内容覆盖权力运行全流程、政务服务全过程。

我国知识产权制度从设计之初就贯穿进了职权规范、程序控制、环环相扣、公开透明等现代法治理念的基因，为中国政治文明带来了新理念、新气息。通过知识产权集中管理，可以实现简化办事流程、提高办事效率、节约行政资源、行政高效运转的目标。从目前的做法来看，通过建立专利、商标与版权的“一站式”审查与登记窗口服务方式，已使行政相对人分别去几家机构进行申请注册，耗费大量人力、财力的情况有所改观，大大提高行政办事效率，同时，也能节约审查资源，加强不同类型审查人员之间的业务交流，提升审查技能。

以此为基础，未来知识产权集中管理应当从建设服务型政府的角度出发，服务于中国由“世界工厂”到“世界创新中心”的重大转型，在这一过程中，不同的主导力量并存，包括政府战略引领与企业、个人的自主创造并存，制度本身的驱动作用与市场竞争的刺激作用并存，国内的自主发展和国际的外部压力并存。未来的管理要在政府的有形之手和市场的无形之手中进行平衡。

知识产权集中管理要以法制对“人”和“事”进行安排。

一是要权界清晰，因事设岗。知识产权集中管理作为我国政府深化改革先行先试者，应积极尝试以立法的方式明确列举政府的权力清单和责任清单，建立健全清单动态调整公开机制。根据政府管理和行政执法的事项，完善知识产权授权确权和执法保护体系，强化激励和问责，将其内聚的现代法治理念的基因推广出去，推动知识产权体制机制深化改革的顺利进行。

二是要分工合理，责权一致。知识产权集中管理的具体方案应当按照精简、统一、效能原则来设计，简化流程、明确责任、优化资源配置，强化知识产权

管理部门的发展战略、规划、政策、标准等的制定和实施以及宏观调控的职责和能力，加强基层基础能力建设，构建适应我国发展新阶段需要的知识产权行政管理体系。

5. 结语

近年来，中国互联网产业呈现飞速增长的态势，据统计，中国互联网网站约400万家，网民6亿多人，手机上网用户突破5亿人。而互联网的增长速度、覆盖范围也超过了美国等发达国家。随着互联网的快速发展，新商业模式的创新和应用逐渐成为市场主流，引领各行业实现产业升级和结构调整⁵。在这一新形势之下，只要改革符合宪法的原则和精神与全面依法治国的总体目标，在法治的框架之下做好顶层设计、实现规范协调、力行简政放权，理应大胆尝试、勇于探索，增强知识产权公共服务，提高知识产权行政效率，从而为互联网时代的创新创业提供基本形成权界清晰、分工合理、责权一致、运转高效的体制机制保障。

5 “互联网+下的新商业模式知识产权保护”，天极网，2015-07-21 17:40:00。

05 “互联网+”时代的互联网法治创新

李海英

中国信息通信研究院互联网法律研究中心主任
中国互联网协会法治工作委员会副秘书长

“对于全球经济，创新是生命之源。”这是哈佛大学商学院著名教授克莱德·克里斯坦森在其新书《创新者的基因》里开篇的第一句话。十八届五中全会更是指出：“创新是引领发展的第一动力。必须把创新摆在国家发展全局的核心位置，不断推进理论创新、制度创新、科技创新、文化创新等各方面创新，让创新贯穿党和国家一切工作，让创新在全社会蔚然成风。”2015年7月，《国务院关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》发布以来，互联网领域的创新活跃，互联网业务与各行各业融合渗透日益加深，对准入监管和法治保障提出新的要求，面对新业态的发展，监管和法治创新应成为“互联网+”发展的活力之源、动力之源。

1. 产业创新与法治创新的关系

互联网产业是创新的沃土，而法治既是创新的前提条件，也是创新的最终保障。当今世界最重要的经济学家、数字时代三大思想家之一乔治·吉尔德在其最新重磅作品——《知识与权力》中指出：“新增长理论向我们描绘了（信息经济创新发展的）种种可能性，但也清楚地指出如果没有合适的制度，一切都

不会发生。”“秩序是创新必要的前提条件，但是秩序具有规律性和冗余性，往往是可预测的，有秩序的事物能够给人带来的信息量和惊异很少。”关于秩序的看似矛盾的说法，正好证明秩序是创新的前提，但是如果秩序过于严苛，则会阻碍创新。《知识与权力》一书还指出：“知识的分散性和权力的集中性之间的冲突是各个经济体中的首要冲突。”这里，权力代表政府，知识代表拥有智力和创新能力的企业家。乔治·吉尔德提出，企业家掌握的知识以及企业家分享知识、利用知识的自由是推动经济发展的动力之源，要想让经济有效发展，关键是要解决具有创新意识的企业家与看得见的政府之手之间的矛盾。这里有着经济学家深刻的洞见，从“互联网+”目前的产业发展情况看，“政府之手”正在发挥作用。最典型的例子是关于交通部对网络租约车的管理，《网络预约出租车经营服务管理暂行办法》（征求意见稿）发布征求意见后，在业界引起了激烈的讨论，两派观点针锋相对。从传统行业的角度，认为互联网专车还是出租车，专车平台提供的不是信息服务而是客运运输服务；而互联网业界或者支持互联网产业发展的人士认为，互联网专车是“互联网+”的新业态，专车平台提供的是信息服务，不同于传统出租车的管理模式，管理思路必须创新。“政府之手”在互联网专车这一新业态中发挥什么样的作用，管理办法最终以什么形式出台，将对互联网租约车行业带来巨大的影响。

“互联网+”是从消费互联网到产业互联网发展转型的高潮，但也是互联网向其他各行业融合渗透的开始，产业创新空前活跃，新技术新业务新模式层出不穷。创新产生新业务，破坏原有秩序，在现行法律框架下可能不具有“合法性”（因为根本没有相关法律可以规范），但是具有“正当性”，并应由未来的立法予以确认。产业创新的初期，从业者也试图在现有法律框架下寻求建立新的规则以降低风险，这些规则在发展过程中逐步完善，上升为法律、政策，进一步保障产业发展，但是新的技术业务发展又很快会打破旧的秩序，产生新的秩序需求。产业发展与制度秩序就是这样，在“破坏—混沌—重建—发展”中不断循环、进步。

与“互联网+”时代的创新发展相适应，互联网法治建设也需要创新。首先是理念创新。法治只需要提供稳定可预期的发展环境，而不只是提供细致的监

管规则，尤其是在产业发展初期，立法者所了解的知识和信息远不如企业或创新者本人，如果出台过细过严的监管规则，可能致使企业为了迎合监管放弃了理性的市场评估与发展机遇。因此，法治建设也应秉持开放包容的心态，在明确预期上做文章。其次是角色创新。立法者要从做“秩序的维护者”的理想中超脱出来，做产业的观察者，对于新业态新模式，不急于出台管制政策，而是对新业态发展进行跟踪研究，以找到最合适精准的监管着力点。十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》首次提出：“推行地方各级政府及其工作部门权力清单制度，依法公开权力运行流程。”十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》进一步指出：“行政机关要坚持法定职责必须为、法无授权不可为。”“行政机关不得法外设定权力，没有法律法规依据不得做出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的决定。推行政府权力清单制度，坚决消除权力设租寻租空间。”权力清单制度对政府行政职能的约束，为产业创新创造了空间和机会。在权力清单制度之下，对于新业务的监管，应坚持在法律的授权之下进行。第三是方法创新。从部门分散立法到协同立法。“部门立法”是目前我国互联网立法的特色之一，部门规章是互联网立法的主体。“互联网+”的时代，互联网与各个行业的融合更加紧密，相关立法会涉及更多行业以及主管部门，各部门之间应加强协同配合。就“互联网+”的新业态带来的新问题进行共同研究，在立法过程中，分工合作。第四是制度创新，要平衡创新发展与管制安全的关系，用新制度回应新问题。“制度创新”是十八届五中全会提出的“理论创新、制度创新、科技创新、文化创新”的四个创新之一。制度经济学家诺斯和戴维斯认为：“制度创新指的是能够使创新者获得追加或额外利益的、对现存制度的变革。”在“互联网+”时代，产生很多新的业务模式，对应地，在具体制度设计上，需要对原有制度进行变革，以适应新形势的需要。

2. “互联网+”时代的立法与治理

互联网从发展初期起，就给立法带来很多新的挑战，一些领域需要制定新的立法加以规范。但是总体上看，互联网立法不是全新的，而是在传统法律基

基础上的延伸适用、修改适用的规则，以及一些新的规则所共同构成。互联网的新立法很大程度上是因为有网络服务提供者这样一个新的主体的出现。对于网络服务提供者的权利义务进行规定，是互联网立法的重点领域。

在“互联网+”时代，互联网向各个行业渗透。一方面，传统的产业主体要适应互联网发展的规则和秩序，另一方面，传统的产业主体在和互联网融合的过程当中也会产生新的权利义务关系。“互联网+”是信息化深入发展的新阶段，强调互联网发展的新经济属性，更强调平台化的数据汇集和深度的应用。反映在法律领域，“法律+互联网”需要传统的法律规则在适应互联网发展，以及向互联网融合的过程中进行进一步适用。而“互联网+法律”则需要更多的创新——创新的立法理念和制度体系。同时，法律不是治理“互联网+”时代带来的新问题的唯一手段，还需要其他很多主体共同参与到“互联网+”时代的治理之中，包括政府监管、行业自律以及参与国际规则的制定等。

2014年，ITU发布了以“第四代监管：推进数字通信”为主题的电信改革趋势特刊。该报告指出，面向数字经济时代的发展，第四代监管机构与前几代监管机构的区别在于，它们对政府追求的社会和经济政策目标，以及改善消费者保护和接入宽带网络的需要的重视程度。这些监管理念可以在互联网立法中加以参考和适用，例如刺激跨界融合竞争、促进业务创新、保障网络安全和提升消费者福利等。

除了立法和监管，行业自律组织等其他第三方机构的参与，也是“互联网+”时代互联网治理的重要内容。由于“互联网+”的新业态层出不穷，对现有制度带来挑战或者根本就存在制度空白，在法律法规和政府监管政策尚未明确的情况下，第三方行业组织在行业自律、制定服务标准规范、完善信用机制、用户保护、与政府沟通等各方面将发挥作用。

在国际规则领域，早在20世纪90年代，世界贸易组织《服务贸易总协定》关于电信服务的附件就“认识到电信服务部门的特殊性，特别是其作为经济活动的独特部门和作为其他经济活动的基本传输手段而起到的双重作用”。电信业除本身是经济活动的重要领域外，也作为支撑其他所有经济活动的基本传输手

段，这是较早提出的电信领域（包括互联网）向其他领域融合渗透的基本原则，这一论断在现在看来也非常具有指导意义。近些年数据产品和数字交易的发展，不断冲击着 WTO 框架下的贸易规则，对于数字贸易应该适用货物贸易的规则还是服务贸易的规则，已经难以简单地界定。现在互联网和各行业的融合，更是使过去的电信服务、计算机相关服务，与其他的实体服务部门之间产生更多新的融合。1998 年，WTO 总理事会成立了电子商务工作组，将电子商务界定为通过电子方式进行货物和服务的生产、广告、销售和分配。十几年来，WTO 电子商务工作组的最主要议题是维持对电子传输不征收关税的实践，但是近几年随着互联网新业务的发展，美国、欧盟等的提案中将移动互联网、云计算等都纳入电子商务工作组的框架下进行讨论。在 WTO 框架下探讨数字时代新的国际贸易规则如何构建问题日益重要。2013 年，美国国会提出一部《数字贸易法案》，敦促美国相关部门将促进互联网商务和数字贸易的条款加入到美国所参与的各双多边谈判当中。美国所指的数字贸易的新规则以“电子商务规则”的形式体现在目前正在进行的各类谈判之中。在刚刚发布的《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP）中，电子商务规则不仅指货物和服务的交易，更是涵盖了所有在线经济活动。“互联网+”时代，国际谈判中的“电子商务规则”日益占据谈判的核心地位，更可能会给“互联网+”相关服务业带来冲击。“电子商务规则”中的数据本地化存储、个人信息保护等内容是各国争议的焦点。

3. “互联网+”时代法律制度的重点

无论“互联网+”多少行业，有两个基础问题或者共性的问题是无法回避的，即网络基础设施的建设和数据的安全与保护。

网络基础设施是“互联网+”发展的最重要基础和保障。“互联网+”的发展，依赖于宽带网络的发展和接入速率的提升，工业互联网、物联网的发展，更是为网络基础设施提出更加快速、更加海量、更加开放的需求。例如在实时反应方面，互联网要求的实时反应是十几秒钟的时间，但是在工业互联网领域，就要求达到毫秒的级别，这些都为网络的发展提出了新的挑战。

网络基础设施的发展在政策方面提出需求,包括网络的建设和投资的激励,以及市场的开放、网络安全等。2015年世界电信日前夕,国务院办公厅发布《关于加快高速宽带网络建设推进网络提速降费的指导意见》,指出:“宽带网络是国家战略性公共基础设施,建设高速畅通、覆盖城乡、质优价廉、服务便捷的宽带网络基础设施和服务体系一举多得,既有利于壮大信息消费、拉动有效投资,促进新型工业化、信息化、城镇化和农业现代化同步发展,又可以降低创业成本,为打造大众创业、万众创新和增加公共产品、公共服务‘双引擎’,推动‘互联网+’发展提供有力支撑,对于稳增长、促改革、调结构、惠民生具有重要意义。”十八届五中全会上,“开展网络提速降费行动”被列入《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议》中。为了加强偏远地区的网络覆盖,2015年10月,国务院明确“改革创新电信普遍服务补偿机制”,十三五规划的建议中也提出“完善电信普遍服务机制”,普遍服务政策实现重大突破。从全球范围看,主要国家也纷纷通过超高速宽带计划、LTE技术演进等举措加快高速宽带网络建设,宽带基础设施演进升级步伐加快。美国通信监管机构FCC将宽带定义由下载速度每秒4Mb提高到每秒25Mb。“互联网+”还要求宽带对于各行业的支持,在美国的国家宽带战略中,宽带就支持了医疗、教育、公共安全等多个行业。

在市场开放方面,2014年12月,工业和信息化部发布《接入网试点方案》并向社会公开征求意见,提出基础电信企业应积极向民营企业开放宽带接入网存量资源,鼓励民营企业参与宽带接入网络设施建设和运营,支持民营企业开展宽带接入网业务试点,太原、沈阳、哈尔滨等16个城市进入首批试点。2015年9月23日,发布《关于进一步扩大宽带接入网业务开放试点范围的通告》(工信部通信〔2015〕318号),决定继续扩大试点范围,将天津、石家庄等44个城市纳入宽带接入网业务开放试点范围。

网络中立,也是2015年网络政策的热点问题,归根到底是要在网络的投资建设和互联网的发展创新之间进行平衡。2015年6月,美国通信委员会发布的《网络中立条例》正式生效,美国禁止网络接入商对合法的内容、应用、服务、无害设备进行封堵,禁止对网络流量进行干预和调控,不允许网络接入商在公

共互联网上设立“快车道”，对部分网络内容的传输给予优先待遇。这一较为激进的网络中立政策，是否会抑制网络运营商的基础设施投资与升级改造，进而是否会影响美国宽带网络的发展，还有待进一步观察。

网络安全包括物理设施的安全，也包括网络运行的安全、关键信息基础设施的安全等，这些都是网络领域未来法律政策聚焦的重点。将通过制定电信法、网络安全法等，进一步明确宽带基础设施的法律地位，在物理层面加强电信设施的保护，制定关键信息基础设施的保护规则等。面向物联网、工业互联网等带来的挑战，还要探讨新技术、新业务的发展带来的新的法律问题如何解决。

“互联网+”时代法律制度的第二个重点领域是“数据”。数字生态系统是未来信息社会发展的基石。监管者或者政策制定者，要利用大数据改进政府的管理，也要促进数字资源的开发利用，加强对数字资源的安全保护和监管。大数据的发展，给立法带来很多新的挑战，比如数据开放，很多国家在推行政府数据开放，但是政府数据开放的过程中的安全和隐私问题，是一个非常核心的问题。对于数据的跨境流动，贸易的自由发展要求服务的跨境提供，以及数据进行自由的跨境流动，但是很多国家出于安全的需要以及个人数据保护的要求，对跨境数据流动进行不同程度的限制。这一矛盾近期主要体现在两个热点事件中，一是欧洲法院裁决美欧安全港框架无效，使欧美之间的跨境数据传输不再具有合法性，使美国企业在业务提供和跨境数据传输方面面临困境；二是 TPP 协议中美国极力倡导的数据自由流动原则得以体现，规定不得将设立数据中心作为缔约方企业进入本国市场的前提条件，将在保障个人信息等合法公共政策目标的前提下，确保全球信息和数据自由流动。关于跨境数据流动的国际规则谈判还在继续，我国在其中持怎样的立场和主张，以及国内立法如何推进，都是当下紧迫的问题。此外，数据的利用和隐私的保护也是重要的问题，目前很多地方已经开展数据交易，在《国务院关于印发促进大数据发展行动纲要的通知》中提出：“引导培育大数据交易市场，开展面向应用的数据交易市场试点，探索开展大数据衍生产品交易，鼓励产业链各环节市场主体进行数据交换和交易，促进数据资源流通，建立健全数据资源交易机制和定价机制，规范交易行为。”但是交易中的数据权属如何确定，安全和隐私如何保护，这是“互联网+”

时代面临的问题，也是共性的问题。

此外，“互联网+”时代的立法我们还需要关注公平性的问题，新技术新业务的出现多数先在发达地区和城市开展，一些线下到线上（O2O）的新型业务虽然不断增加开通的城市，但要达到覆盖全国还需要很长的时间，而且，由于智能终端和新业务的使用具有一定的门槛，可能新的数字鸿沟将会出现，未来的立法还需对公平性问题有所关注。

“互联网+”意味着互联网与各行业的融合创新，对各行业的既有规则都会带来挑战，新规则的建立需要一个摸索的过程，这是对产业的挑战，也是对相关监管者、立法者的挑战。

06 从互联网平台信息中介的属性 出发探索治理新路径

康彦荣

阿里巴巴法务部法律研究总监

互联网平台的核心属性是信息中介，具有快速聚合信息、连接供需方的功能，是典型的多变市场，核心价值是通过信息的连接，降低信息不对称，提升效率、降低成本。当前正处在互联网立法的关键时期，如何在平衡各主体利益、保护各方权益的同时，为产业发展留好空间，是考验立法者的重大难题。本文认为，在互联网民事责任方面，立法应坚定不移地坚持“避风港”原则。公法责任方面，在遵循“负面清单+责任法定”的基础上，政府与企业应协同治理，通过数据打通和共享，形成信息闭环，共同营造良性健康的互联网空间。

1. “信息中介”是互联网平台的基本功能

互联网平台与传统平台最大的区别在于其信息中介功能，充分利用互联网、云计算、大数据等信息通信技术，快速聚合信息、连接供需方，是典型的多边市场。其核心价值是通过信息的连接，降低信息不对称，提升效率、降低成本。

1.1 互联网平台与传统平台的根本区别在于强大的信息汇聚能力

“平台”作为一种商业形态并非在现代才出现，从农业时代、工业时代到

现在的信息时代，平台一直存在，只是在不同时期平台模式、影响及特征不尽相同。

农业时代的平台以农贸集市为代表，由人们自发地进行以物易物交易，逐渐演化为提供农产品生产者以及农产品消费者之间，开展供需直接对接的市场。特征表现为社会分工环节少、在小范围内自给自足、依托农贸市场等物理载体，以熟人交易为主。

进入工业时代，出现超级市场、商场、交易所等大规模的物资集散、交换与交易平台。这个时期的平台，商品集中展示，人流量大，交易量节节攀升，平台通过收取商品进场费、交易流水费用获取收益。与农业时代相比，交易对象范围拓展，从相对封闭，走向相对开放，从服务于生产者、消费者的基本普通商品，拓展到技术、不动产、能源、人工服务等领域。尽管平台容量急剧攀升，但依然以物理场地、空间为主要载体，平台交易的货物以标准化服务、商品为主。

自 20 世纪 90 年代起，得益于互联网技术的发展，出现了一大批新型的互联网平台。互联网平台与农业时代的集市、工业时代的交易所、中介均不可同日而语，具有打破时空界限连接全球的通用性、各不同利益主体随时沟通交流的交互性、低门槛界面友好的开放性和信息流实时共享性的四大本质属性。依托便捷、扁平、规模、集聚和普惠等优势，正加速向经济社会各领域渗透融合，不断催生新产品、新业务、新模式、新业态，深刻改变着个人生活、企业生产、经济运行、社会管理和公共服务的各个方面。

互联网平台也称为互联网中间服务商（Internet Intermediaries）¹，与传统平台最大的区别在于不依赖实体的商品和有形的服务、不依托物理空间，而是作为信息中介，充分利用互联网、云计算、大数据等信息通信技术，快速聚合信息、连接供需方。与传统的平台相比，互联网平台是典型的多边市场。多边市场平台具有两个或两个以上不同消费者群体，虽然与传统商业看似区别不大，但实则

1 OECD, the Economic and Social Role of Internet Intermediaries, 2010; <http://www.oecd.org/Internet/ieconomy/44949023.pdf>

大相径庭，多边市场平台创造的价值不仅涵盖实体的产品和服务，还包括虚拟的产品和服务。多边平台的作用更多地体现在它将具有相似目的的人聚集在一起。比如，尽管沃尔玛和亚马逊的网站上都存在供需方，对沃尔玛等来说，所有交易方都认为自己在跟沃尔玛交易，在国内京东自营也属于这种模式。而对于亚马逊、淘宝等第三方交易平台，消费者更可以与数量众多、提供万能产品和服务的供应商直接交易。经济合作与发展组织（OECD）认为，互联网平台并不直接提供某种内容，而是在其平台上存储、链接或传送源自第三方的内容，或者为第三方提供基于互联网的服务²。我国著名互联网法律研究专家周汉华教授认为，网络空间与现实社会的最大差别之一在于网络空间的基本支撑主体是众多的中间平台³。因此，信息中介、信息提供的中立性构成了互联网平台的基本特征。随着互联网平台的不断发展，不同平台之间叠加套用，衍生出了更多超级平台，如微信平台上有多数商家公众号、支付宝的 APP 内包括了众多商家平台。这些平台的信息聚合功能更加强大。

1.2 互联网平台的价值

互联网平台的核心价值是通过信息的连接，降低信息不对称，提升效率、降低成本。国内外多个经济学家、研究机构对平台的价值进行了概括。周汉华教授认为，互联网中间平台的出现，促进了信息流动和生产方式变革，带来的是交易成本的大幅降低、共享经济的兴起以及生产方式的深刻变化⁴。如美国国际信息技术与创新基金会（ITIF）总结的互联网平台的五大价值包括⁵：第一，提升资源使用效率，平台致力于聚集有效资源，快速提升使用效率。第二，促进竞争，互联网连接更多的人，新的买家和卖家进入市场更方便，促进了竞争；第三，降低了交易成本，买家和卖家更容易找到对方；第四，减少买家和卖家间信息

2 OECD, the Economic and Social Role of Internet Intermediaries, 2010. <http://www.oecd.org/Internet/ieconomy/44949023.pdf>.

3 周汉华. 论互联网法[J]. 中国法学, 2015(3).

4 周汉华. 论互联网法[J]. 中国法学, 2015(3).

5 ITIF, Why Internet Platforms Don't Need Special regulation, 2015. <http://www2.itif.org/2015-internet-platforms.pdf>.

的不对称性，双方的交易风险也会有所下降；第五，吸引更多的买家和卖家进入市场，平台有助于推出新产品、减少进入市场的障碍，使交易更方便。

关于管制者和批评者们对平台阻碍竞争、误用数据、减少就业、威胁传统行业的质疑，ITIF 的报告也一一进行了回应⁶：第一，平台并没有阻碍竞争。市场价格最终取决于买家和卖家间动态的竞争博弈，平台作为一方主体很难影响最终价格。且互联网平台面临许多其他来源的竞争。互联网领域快速的技术创新和引用迭代，会持续不断地产生新的进入者，另外还有相关业务竞争者和一些互联网平台的替代者。第二，互联网平台对隐私的侵犯并不会比传统行业更多。而且，对于互联网平台来讲，若不关注用户信息和隐私的保护，即便因为外部原因引起的泄露，也会带来客户的大量流失。因此，关注的重点应该是普遍的隐私安全政策，而不是只针对互联网平台。第三，互联网平台对减少就业的威胁并不存在，创造了更独立、灵活的就业方式。麦肯锡全球研究所最近的一份报告估计，利用如 Monster.com、LinkedIn 和 UpWork 等互联网平台可以更好地为失业者提供就业机会，通过安置超过 400 万名工人，可使 GDP 每年增长 5120 亿美元，主要原因是更多的人通过互联网平台找到了工作。互联网就业平台的作用是匹配供需双方，往往可以降低成本，并且匹配的效果优于简单的连接。另外，如 Uber、Airbnb、淘宝等平台，创造出了大量新型的就业模式，给予人们更多就业的选择和灵活性。第四，以互联网为代表的新技术对传统行业产生的深远影响，要综合分析⁷。确实，互联网的出现对传统行业产生了一定的影响，但互联网技术对整体经济社会的影响更加巨大。根据麦肯锡 2013 年的测算，对数据开发利用仅在 7 个行业就可以创造 1.3 万亿美元的附加值。到 2025 年物联网能够为全球共享 11.1 万亿美元的价值，相当于目前全球 GDP 的 11%。以互联网为代表的新技术对传统经济已产生了巨大影响，对现有工业也产生了深远的影响。正如汽车代替了马车、英国勒德分子的暴动也没有阻止机械制造

6 同上。

7 McKinsey Global Institute, A Labor Market That Works: Connecting Talent With Opportunity in the Digital Age (June 2015). http://www.mckinsey.com/insights/employment_and_growth/connecting_talent_with_opportunity_in_the_digital_age.

替代手工作坊，技术替代不是一种新现象，不应采取各种措施阻止技术进步。而且，通过平台创造的巨大价值并不必然流向传统的优势地位者，相反，应赋能给那些广大的低收入消费者，以及在传统产业链下被优势供应商的压价行为压榨的供应商。

互联网平台低门槛进入、强大的存储处理能力，为创业型公司大大降低了投入成本，并显著地促进了地域扩张，成为新时期创业创新的优势资源和平台。在我国大力提倡“大众创业、万众创新”的背景下，互联网平台所提供的资源和输出的能力为众多的新进入者插上了翅膀。

2. 互联网平台的民事责任，应坚定不移遵循“避风港原则”

法律对于互联网产业的发展至关重要，美国互联网产业的发展正是得益于科学合理的“避风港原则”。我国处在全球互联网产业发展的前端，应在立法中坚定不移地引入“避风港原则”，明确平台的民事责任界限，为互联网产业发展创造稳定可预期的法律环境。

法律对于互联网产业的影响绝对不能低估，加利福尼亚大学 Anupam Chander 教授在《法律如何成就硅谷》中提到：“对于硅谷的兴起及其在全球的成功，法律所扮演的角色远比我们之前理解的重要。法律在让硅谷兴起的同时，也阻碍了世界各地竞争者的兴起。我认为硅谷在互联网时代的成功，归因于美国版权法和侵权法的关键实质性改革，这项改革极大地降低了硅谷孵化新的全球贸易商所面临的风险。具体而言，20 世纪 90 年代旨在减少互联网平台对于第三方责任的担忧以及降低隐私保护程度的法律改革，为后来以 Web 2.0 著称的新兴公司的崛起提供了一个友好的法律生态系统。”⁸ Chander 教授所述的法律规则中，最重要的即“避风港原则”。

美国 1996 年制定的《通信品味法》第 230 条明确规定，“互动计算机服务的

⁸ Anupam Chander, HOW LAW MADE SILICON VALLEY. 杨安舒、钟舒君、乔妮、宋显爱翻译，译文来源智合法律新媒体。

提供者或者使用者不应被视为是另一个信息内容的提供者所提供的任何信息的出版者或者发言人”，率先确立了中间平台的责任豁免制度，具有重要的历史意义⁹。

“避风港原则”很快得到了欧盟等其他发达国家和地区的法律确认，成为互联网中间平台民事责任的通行原则，以保护中间平台为共同立法宗旨，限制或者豁免其责任承担，为其提供安全的避风港。德国联邦议院1997年通过的《多媒体法》规定，互联网服务提供者根据一般法律对自己提供的内容负责；若提供的是他人的内容，服务提供者只有在了解这些内容、在技术上有可能阻止其传播的情况下对内容负责。1998年制定的美国《数字千禧年版权法》为互联网服务提供商提供了版权侵权领域的避风港，其义务限于接到侵权通知后及时撤回相关侵权内容，无须为其用户的版权侵权行为承担法律责任。2000年制定的欧盟《电子商务指令》为三类平台提供了责任豁免，包括：纯粹通道（mere conduit, article 12），主要是指互联网接入服务商或者骨干网运营商；缓存（caching, article 13），主要指代理服务器的提供者；存储（hosting, article 14），主要是指为其用户提供网页空间的服务者。上述三类平台均有相应的法律定义，其中，第三类的适用范围最为广泛。而且，符合上述三类定义的平台，对第三方内容获得的责任豁免是全面的，既包括第三方内容构成诽谤、侵犯版权、不公平竞争等民事侵权，又包括第三方内容构成犯罪或行政违法。欧美对于互联网服务提供商责任豁免的法律规定，对其他国家的互联网立法产生了广泛的影响，逐步成为各国普遍采用的一项基本法律原则。

中国对于“避风港原则”的吸收和立法，最初体现在《信息网络传播权保护条例》的相关条款中。2009年出台的《侵权责任法》第三十六条第二款规定：“网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。”该条看起来与“避风港原则”类似。然而，第三款“网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任”以及

9 周汉华. 论互联网法[J]. 中国法学, 2015(3).

2014年《消费者权益保护法》第四十四条“网络交易平台提供者明知或者应知销售者或者服务者利用其平台侵害消费者合法权益，未采取必要措施的，依法与该销售者或者服务者承担连带责任”，从最初的“知道”到“明知或者应知”，逐渐加重了平台的责任，提高了注意义务的标准。事实上在实践中，也产生了如何解释“知道”、“明知”、“应知”等问题，为法律带来了严重的不确定性，不仅使得企业无所适从，司法机构在裁决中也认识不一。

如上文所述，互联网平台是连接交易各方，并提供信息服务或交易撮合服务的网络系统，具有中立性、利他性的特点。如果要求平台必须对用户行为负责，动辄以“应知”为理由承担连带责任，第一，中间平台就会疲于应付，会扼杀新生事物，对创新创业造成阻碍。第二，加重平台义务，背离了自己为自己行为负责的法治基本要求。平台作为与平台上其他主体法律地位相同的民事主体，没有法定监管职能。第三，互联网平台上的交易是海量的，平台经营者没有能力全方位监控交易活动，更无能力对线下活动如选择合格的快递经营者进行监管。此外，一些行为是否构成违法，需要非常专业的知识，互联网企业不可能具备。

因此，建议在平台的民事责任领域，要坚定不移地引入“避风港原则”，在正在制定的《电子商务法》中做如下规定：“互联网平台不对平台上第三方发布的内容承担法律责任。互联网平台应当根据权利人通知，采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施阻止侵权内容。”

3. 责任法定+协同治理，探索平台责任新路径

“避风港原则”作为平台的私法责任的基本原则，已经得到欧美发达国家的确认。然而，在公法领域的平台责任如何设定，目前仍处于探索期。从全球趋势来看，平台在公法领域承担的责任包括主体信息及商品和服务信息的校验、信息和数据安全保护责任、行政执法及司法调查协助责任等。

相比欧美等发达国家，我国互联网平台承担了较重的事前、事中及事后全方位责任。

- 《互联网信息服务管理办法》第 15 条规定，互联网信息服务提供者不得制作、复制、发布、传播等九方面的信息；第 16 条规定，互联网信息服务提供者发现其网站传输的信息明显属于上述内容的，应当立即停止传输，保存有关记录，并向国家有关机关报告。
- 2015 年 10 月开始实施的《食品安全法》第 62 条规定，网络食品交易第三方平台提供者应当对入网食品经营者进行实名登记，明确其食品安全管理责任，依法应当取得许可证的，还应当审查其许可证。网络食品交易第三方平台提供者发现入网食品经营者有违法行为的，应当及时制止并立即报告所在地县级人民政府食品药品监督管理部门，发现严重违法行为的，应当立即停止提供网络交易平台服务。
- 2015 年实施的《广告法》第 45 条规定了网络交易平台对平台内违法广告的行政责任，对其明知或者应知的利用其场所或者信息传输、发布平台发送、发布违法广告的，应当予以制止。
- 2015 年 12 月 28 日发布的《反恐怖主义法》则规定了平台在技术接口和解密等方面的协助义务，防止、发现、报告和处理涉恐信息的义务等。
- 《网络安全法》（一审稿）则规定了平台作为关键信息基础设施，在接受审查、数据留存、信息和数据保护等方面的义务。
- 2015 年新修订的《刑法修正案（九）》第 286 条甚至规定了平台若拒不协助行政执法，公司和主要责任人员需要承担刑事责任。
- 此外，《网络交易管理办法》、《网络商品和服务集中促销活动管理暂行规定》、《第三方电子商务交易平台服务规范》等规范性文件也设置了事前、事中、事后义务。

我国相关立法对于平台的义务归纳如下：

	立 法	责 任
事####前#	《食品安全法》、《网络交易管理办法》、《反恐怖主义法》#	主体实名登记；法人及自然人主体审核；法定资质审核；建立平台内交易规则；防范反恐信息#
事####中#	《网络交易管理办法》、《广告法》、《食品安全法》、《反恐怖主义法》、《网络安全法》（草案）#	内容审核、禁限售商品审核、知识产权侵权商品发现；违法信息的发现及报告；保证平台的正常运行，提供必要、可靠的交易环境和交易服务，维护网络交易秩序；网络和信息安全保障，信息保护#
事####后#	《反恐怖主义法》、《刑法修正案九》、《网络安全法》#	违法及不良信息处理；关闭店铺；执法协助；技术接口和解密技术协助；停止提供服务协助等#

尽管法律规定了众多的事前、事中、事后责任，姑且不论这些规定从法理上是否合理，在实际操作中就遇到了很多的困难和问题。主要表现在：由于数据源头的缺失，平台在主体、商品信息等审核方面面临校验难的问题；行政、刑事立法和执法能力与市场快速发展不相适应，导致破坏平台经营秩序的恶意注册、虚假认证、虚假交易、恶意评价、出售假冒或盗版商品、不当使用他人权利、数据窃取、流量劫持等方面的问题长期得不到源头解决，不仅大大增加了企业在治理这些行为方面的成本，更加破坏了互联网市场的健康秩序。

以主体审核为例，鉴于对自然人经营者进行实名登记的难度较大，许多电商平台都逐渐放弃了 C2C 的经营模式，一些电商网站甚至明确禁止自然人的入驻。在对经营者工商营业执照审核方面，由于各地方工商行政管理部门无法提供统一的验证服务，国家工商行政管理部门未向平台提供工商营业执照数据库的接口，导致审核成本极高；由于网络经营者工商营业证照信息变更，平台事先无法预知，仅能通过定期或者抽样审核，需依赖于经营者在平台自行变更登记；网络平台经营者规模海量，平台无法对网络平台经营者进行实质的书面审查，导致冒用证照的风险控制成本极高。在经营地址审核方面，仍旧存在企业

的实际经营地址与工商营业执照登记的经营地址的匹配性较低的问题。即便是一次性核实,在实际经营地址改变时,平台也无法预知,仍主要依赖于经营者的主动变更登记。此外,在经营者联系方式的审核方面,经营者联系方式的可变性仍旧是困扰平台的主要问题。对特殊商品类经营者主体资格的审查方面,各监管部门、各地方正在探索行政许可制度的改革,但是各部门、各地进度不一,导致平台审核标准混乱:如广东部分地区取消了出版物流通许可的前置要求,经营者无须取得相关行政许可证照。但是,浙江省文化执法部门认为广东文化出版物经营者属无证经营,平台不得允许其进入市场。

法律不应强人所难。考虑到这些现实的情况,对平台的行政责任应确定一条基本原则,即责任法定基础上的豁免原则,平台在承担了合理注意义务后,由于客观、外部原因造成无法达到要求,或者依法实施行为造成的后果,应豁免承担民事、行政及刑事责任。

无论是平台履行责任,或者是政府在平台管理方面的乏力,重要原因是信息链不完整、政企数据没有形成闭环。解决这个问题的根本路径在于政府和市场协同治理,政府应整合不同部门之间内部数据形成完整的基础数据库,并将这些数据开放,为平台企业审核交易提供源头;平台企业将在审核中发现的问题及时回流给政府平台,并为主体建立信用信息,对失信企业和个人实施信息公开、失信企业法律责任共识等措施;逐步取消事前准入审核,形成基于信用的事中、事后管理措施。政府可以通过购买服务的方式提升数据公共产品的提供能力。

以主体审核为例,政府应开放数据,为审核提供技术支撑。平台对经营主体身份和经营资质的审查均需要政府配合提供真实、有效并实时更新的数据资源。因此,及时完善相应的数据库并尽可能方便平台查询,应当成为眼下紧迫的任务。另外,建立统一的资质库是政府履行公共职能的应有之义,真实身份的验证需要大量的成本投入,中小平台无法负担,且让不同平台各自独立进行重复的身份验证会导致巨大的浪费。因此,政府需要正视账户信息的公共产品属性。可喜的是,我们已经在一些领域看到了政府和企业在这方面的努力,2015年12月24日,阿里集团与国家认监委信息中心签订合作框架协议,双方将共

享商品 3C 认证证书数据和管控数据，并在电商服务认证领域开展合作，国家认监委是第一次将国家级权威数据库开放给社会企业。

随着互联网渗透到社会生活各个领域，互联网平台型企业正在成为经济社会生活重要的载体。对平台的治理不应简单沿用传统的法律，更不应以平台有强大的数据能力为由用“政府管平台、平台管企业”的思路管理平台，而应认识到平台信息中介的特点以及平台企业是众多民事主体中的一个客观事实，引入“协同治理”理念，打通政企数据交流途径，真正探索促进互联网平台发展、平衡各方权益的新路径。

07 “互联网+”下的社交媒体网规研究

谷海燕 王 磊

谷海燕 新浪网技术（中国）有限公司法务总监

王 磊 新浪网技术（中国）有限公司高级法律顾问

1. 引言

十二届全国人大第三次会议上，李克强总理在政府工作报告中首次提出制定“互联网+”行动计划，即利用互联网的平台和信息通信技术，把互联网和包括传统行业在内的各行各业结合起来，在新的领域创造一种新的生态。毫无疑问，在“互联网+”时代，信息网络的高速汇集已经渗透到社会生活的各个领域，然而，这也为公共治理带来了新的挑战。伴随着互联网和电子商务的发展，随之出现的各类问题也不断涌现，不论立法、行政、司法，乃至互联网企业、个人，都在面临更大机遇的同时，承受了更为严峻的考验。

当前的网络服务平台在某种意义上已经成为信息分享的设施，但是其法律责任和地位均有待进一步界定。互联网不是法外之地，“互联网+”意味着全国范围内的战略性调整，也就是说存有很多法律的空白等待我们去书写。面对“互联网+”形成的新秩序，“互联网+法治”必须及时跟进，以适应社会变化发展的需要。当前，梳理个人、企业、政府在“互联网+”时代的法律责任，建立起符合互联网发展趋势的法治环境已刻不容缓。

“网规”是一个从民间商业机构和电子商务行业流行起来的新词语¹，其内涵和外延并无统一的认识。目前学界倾向于将网规分别做广义与狭义两种解释。

其一，广义的网规就是法律法规，只要是涉及网络的规则都可以称之为“网规”，上至法律、法规、部门规章、政府政策等，下至行为主体之间的协议、行业自律规范、商业惯例等。其二，狭义的网规特指由互联网各平台主体参与者制定的，在特定范围内普遍适用的网络规则。本文将这一含义的范围界定为不仅限于商事活动，还包含民事各主体之间的日常互联网行为，体现了互联网治理高度的自治性。

《新浪微博社区公约》作为中国首个民间网络自律组织公约开始投入适用，目前新浪社区自律机构以每年解决数十万起网络纠纷的案件量，成为网规在社区网络平台范围内的案例，本文将以此为切入点，研究此类网规，即网站平台发布的社区规则中的权力属性与运行机制。

2. 社交网络平台机制设立的基础

法律法规的授权性规定是社交网络设立的纠纷解决机制的法律基础。其中《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》规定，平台方可以对用户发布的信息实施管理职能，即授权平台在其控制范围内进行管理，有权力停止传输违法信息并采取消除等措施。从这条规定出发，社交网络平台成为了法律直接授权协助公权力主体实施监管职责的私权力主体²。而一个现实的问题在于，在信息化时代中，社交网络的用户群每天都在呈现极大程度的增长趋势，仅凭借平台本身很难完成海量的监管任务。因而，随着平台用户数量的日益发展壮大，

1 转引自张延来：《网规的生成与设计研究》，中国电子商务研究中心，<http://www.100ec.cn>，2011年2月28日：“阿里巴巴集团研究中心在其2009年第4期《新商业文明通讯》中的记载，其中《新商业文明浮现》一文指出网商、网货和网规一起是新商业文明的支柱，另一篇文章《网规网规三大显著特征：诚信、分享和责任》则具体地提出了网规的概念，同时就网规含义、相关主体、特性和内在价值等问题进行了分析。其后不久，阿里巴巴董事局主席马云在2009年12月份在四川举办的第三届网货交易大会上也公开提出了这一概念。”

2 周辉。论网络空间中的私权力[D]。北京：北京大学，2014年，第94页。

解决由此产生的海量数据引发的纠纷已经离不开拥有技术资源、平台资源和信息资源的“网络服务提供者”的协助³。

此外,网络服务提供者的私权力,既有以判断权为核心的司法审判权⁴的特征,也有以强制权为核心的司法执行权⁵的特征。前者指的是,网络服务提供者对于违法信息或者侵权信息的判断权;后者指的是,网络服务提供者对于违法信息或者侵权可以直接采取删除等措施的强制权。

对于平台而言,设立线上纠纷解决机制参与判定有其现实需求,随着电子商务的不断发展,便捷灵活的线上纠纷解决机制相较于传统的争议解决机制更有优势,如低成本性、透明性、效率性等。

2.1 网站自行发布社区规则的效力属性

对于社区平台制定的相关规则,有的学者将其界定为“网规”⁶,体现了对现有法律规范的有效补充,同时由于平台自身良性运行的积极需求,在维护网络秩序方面发挥了重要作用。社交网络平台的用户与平台之间的法律关系基于平台网站的注册产生,许多网络应用服务的用户协议、隐私政策都是以格式条款的形式存在。网络应用服务中的格式条款主要体现在拆封合同⁷和点击合

3 王磊. 互联网场域下社交网络社区规则研究——以微博社区委员会为例[J]. 科技与法律, 2015(4):732.

4 孙笑侠. 司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别[J]. 法学, 1998(8):34.

5 童兆洪. 民事执行权性质再认识[J]. 浙江学刊, 2005(3):131.

6 网规的论点参见中国电子商务研究中心:《首届“网规与中国互联网治理”学术研讨会》,资料来源:<http://www.aliresearch.com/html/topic/zhili.html>;更新时间:2012年1月7日;访问时间:2015年4月19日;中国电子商务研究中心:《第2届“网规与中国互联网治理”学术研讨会》,资料来源:<http://b2b.toocle.com/detail--6072531.html>;更新时间:2012年12月10日;访问时间:2015年4月19日。

7 拆封合同(Shrink-Wrap Contract)是指合同提供者人将其与不特定第三人之间权利义务关系的相关条款,印在标的物的包装上面,并在合同中声明只要消费者在购买后拆开包装,即视为接受的格式合同。拆封合同最初用于计算机软件的销售。相关论点参见张平:《拆封合同的特点与效力》,《网络法律评论》,2001年第1期,第67页;莫万友:《论拆封合同》,《时代法学》,2005年第4期,第98页。

同⁸之中，用户与平台之间的注册协议就是格式合同在互联网领域的重要表现形式之一。

在网络平台的注册协议中，平台与用户之间为平等的主体关系，但通过网上格式合同明确其社区规则效力。格式条款的修改通过公示进行，不再另行分别通知。如《微博服务使用协议》中对协议修改的约定：“9.1 微梦公司有权随时修改本协议的任何条款，一旦本协议的内容发生变动，微梦公司将会在微博网站上公布修改之后的协议内容，若用户不同意上述修改，则可以选择停止使用微博服务。微梦公司也可选择通过其他适当方式（比如系统通知）向用户通知修改内容。9.2 如果不同意微梦公司对本协议相关条款所做的修改，用户有权停止使用微博服务。如果用户继续使用微博服务，则视为用户接受微梦公司对本协议相关条款所做的修改。”⁹

以微博为例，社区制度规则通过公示来约束用户私主体之间的相关行为，形成了一系列的规范性文件，包含基本原则、实施细则、标准规范等文件，由社区的根本规则《微博社区公约》（以下简称《社区公约》）及其下位规则《微博社区管理规定》、《微博社区委员会制度》、《微博商业行为规范》、《人身权益投诉流程处理公示》、《微博信用规则》组成。需要说明的是，在社交网络中，社区规则的制定，与普通的拆封协议和点击协议不同，它体现的是平台作为中立方规制其用户行为的规范，其中明确了相应的目的、适用范围，更像是法律条款而非格式合同。对于微博社区平台来说，《社区公约》这一网规就是“根本大法”，下位规则就是在微博社区实行的各种法律性文件。一系列的规范性文件

8 点击合同（Click-Wrap Contract）是指在电子商务中由销售商或其他经营者通过互联网发出要约，用户以其“点击”行为表示承诺从而达成意思表示一致的合同。点击“我同意”（I Agree）后才可以进行相关活动，这种必须点击“同意”的合同，称之为点击合同。点击合同经历了由传统格式合同到拆封合同再到点击合同的形式演变过程。相关论点参见：张平．拆封合同的特点与效力[J]．网络法律评论，2001(1): 67-67；刘颖，骆文怡．论点击合同．武汉大学学报（社会科学版），2003（3）：278-279。

9 新浪微博：《微博服务使用协议》，依照《微博服务使用协议》第 1.1 条，微梦公司为微博运营各平台方“北京微梦创科网络技术有限公司、微梦创科网络科技（中国）有限公司及相关关联企业”合称，资料来源：<http://www.weibo.com/signup/v5/protocol>；访问时间：2015 年 4 月 19 日。

包含对于社区运行秩序的设定,对于违反社区规则将会在平台上受到的处罚,并具有极强的执行性,如对于危害国家和社会安全的信息、淫秽色情信息、用户之间的纠纷、网络谣言等均进行了明确的规定,对于发布的信息和违规的用户均设定了限制和处罚的各项标准。

2.2 网民参与过程中的价值判断

参与网络其中的用户构成了互联网自治的范围,他们共同形成了一个有效的社会群落。不同兴趣、爱好、习惯的网友,通过社交网络来展示个性,表达态度,并共享资源,对于这一互动过程中的价值判断需要适用社区网络本身的规则。其中,由于网络上的信息良莠不齐,个人主观判断标准难以统一,判定纠纷的标准所遵循的基本原则只能适用普世价值,即网民从一个公民合理的判断标准即可进行确认,对于判定不需要过多的专业知识,这也成为平台中网民参与共同治理的基础。

从对于社交网络自身的经营出发,有序的社交网络能够更有效地吸引用户并产生良好的用户体验,“一个社会,当它不仅被设计得旨在推进它的成员的利益,而且也有效地受着一种公开的正义观管理时,它就是一个组织良好的社会。”¹⁰对于微博社区来说,整合并引导微博用户的行为规范得益于对内容的管理,微博社区委员会这项机制的设立有效地解决了这一问题。“一个组织良好的社会应当是一个被设计来发展它的成员们的善,并由一个公开的正义观念有效地调节着的社会。”¹¹对于一个公开的正义观念来说,正是基于一个普世的善的价值,社交网络中对于传播内容的限制,其价值取向是基于对社会的善,即对于包含淫秽、色情、暴力、歧视等信息,以及危害国家安全、破坏国家统一的行为和内容加以限制。

10〔美〕约翰·罗尔斯.正义论[M].何怀宏,何包钢,廖申白,译.北京:中国社会科学出版社,1988:5.

11〔美〕约翰·罗尔斯.正义论[M].何怀宏,何包钢,廖申白,译.北京:中国社会科学出版社,1988:455.

2.3 设立第三方判定制度的必要性

社交网络自身大规模的活跃用户基数¹²带来的是海量的信息及互动评论,海量的信息必然会产生海量的纠纷,而对于社交网络平台而言,如何及时处理违规信息成为社交网络的“阿喀琉斯之踵”,社交网络的互动性导致如发生违规信息将会产生严重的社会影响。然而,有效处理违规信息仅依靠公司自身的人员配置是无法实现的,且由公司内部人员处理将会使得公平性难以保证,因此借助第三方力量来完成信息内容的价值判断不失为一个有效的解决方法。例如,对于平台来说,纠纷的判定人员若由网民自发申请担任,将会有效降低平台经营中的内部风险,减少因内部人员可能出现的腐败而影响平台的价值声誉和良好运行。对于微博社区委员会来说,在其设立的两年间,受理举报纠纷的有效解决率达到99%以上¹³,体现了平台设立的第三方判定纠纷解决机制为解决违规信息进行了有效创新¹⁴。

在2011年4月,商务部发布了《第三方电子商务交易平台服务规范》,其中鼓励电子商务平台设立争议解决机制。在实践中,依照各自平台特性,其纠纷解决机制各有不同,如阿里巴巴集团的淘宝网,其纠纷多为消费者与卖家之间基于买卖交易所产生的纠纷;如与微博同类社交网络所产生的纠纷,多为违规不良信息的发布、内容抄袭、用户之间的骚扰或辱骂所产生的纠纷。虽然不同互联网平台的纠纷内容和方式各有区别,但又各自具有同质性、高频性、高重复性的特点,因此在平台的范围内,设立满足自身平台特点的纠纷解决机制

12 根据微博IPO招股书,截至2013年12月,微博社区月活跃用户数(MAU)为1.29亿,日活跃用户数(DAU)为6140万;根据Facebook公司IPO招股书,截至2011年12月Facebook月活跃用户数为8.45亿,日活跃用户数为4.83亿。

13 截至2015年5月,受理举报数:966-781,完成判定数:959 831,数据来源:微博举报大厅公示信息。

14 王磊.互联网场域下社交网络社区规则研究——以微博社区委员会为例[J].科技与法律,2015(4):739。

成为了电子商务发展过程中的必要一环¹⁵。依照平台特性自行设立纠纷解决机制,面向其平台用户服务并解决其平台上发生的纠纷,成为平台发展运营的有效闭环。

3. 互联网治理中的微博社区委员会制度

网络从来就不是“法外之地”,对于网络空间的规制是各国互联网治理的重要课题,在充分考虑到网络空间交互环境的前提下,网民参与网络平台空间的治理已成为未来趋势。在借鉴公权力运行中的公众参与机制,《社区公约》作为微博平台的“根本大法”这样一种类型的“自生自发秩序(Spontaneous Order),从许多方面来看都有着不同于人造秩序所具有的属性”¹⁶。通过公开调研形成社交网络自生自发的秩序,其动态的稳定和规则的灵活性也得以满足网络空间日益发展的现实需求。

对于微博社区公约的发展和最后的运行,经历了以下几个阶段。

(1) 邀请政法、传播、互联网等领域专家进行一对一面谈,收集意见,形成公约的征求意见稿。

(2) 微博发布《社区公约(征求意见稿)》等“网规”,面向网民征求意见,并依照反馈意见进行讨论和修订¹⁷。

15 目前在国内自成体系运营的互联网第三方判定机制,主要有微博社区委员会、中国国际贸易仲裁委员会(CIETAC)的域名仲裁、淘宝的消费者调解机制等。相关内容参见:何其生,互联网环境下的争议解决机制:变革与发展[J].武汉:武汉大学出版社,2009:534;参见2014年11月28日中国国际经济贸易仲裁委员会网上争议解决中心秘书长梁华女士、新浪网谷海燕女士在首届国际电子商务法高层论坛的发言。

16 [英]弗里德里希·冯·哈耶克.法律、立法与自由[M].(第1卷),邓正来,译.北京:中国大百科全书出版社,2000(1):55.

17 微博社区委员会在成立前经过了审慎的探讨和酝酿:在北京市网信办的指导下,新浪网向全体微博用户征集微博社区委员会的管理意见,约170万名微博用户参与。数据来源:微博社区内部调研资料。

(3) 微博发布《社区公约（试行版）》、《微博社区管理规定》、《微博社区委员会制度》、《微博商业行为规范》、《人身权益投诉流程处理公示》、《微博信用规则》等一系列管理规定，并依照国家现行法律法规进行修订。

针对社区运行中出现的纠纷，微博社区形成了网民共治的组织结构，即微博社区委员会，共分成两个层级：普通委员会和专家委员会。微博平台纠纷解决机制的运行规则，在借鉴了英美法中陪审团制度后，结合互联网平台及在线纠纷解决机制中低成本性、便捷性等特点，并依照平台纠纷性质，形成其自有模式特点。

具体流程如图 2-1 所示。



图 2-1 微博社区委员会工作流程

3.1 开放的委员会制度

参与判定的社区委员会，其成员构成开放，可由网友自发报名，经平台审核一定的报名条件后取得社区委员会成员身份，并依照实际参与判定的经验来进行考核并排名。同传统英美法中的陪审团制度类似，对参与报名的委员会成员的考核标准可参照从以下方面考虑：一是熟悉平台的日常活动（达到一定的认证标准，以微博社区委员会为例，需获得 7LV 以上级别，目的在于确保委员

会成员自身对于微博上的各类活动有充分了解,以便对纠纷进行判定);二是年龄的限制(需年满18岁以上,其目的在于通过法定成年的标准来进一步确定其参与判定资格的基本要求);三是在线时长标准(最近30天通过计算机登录微博的天数大于15天,因判定为线上参与判定,有效的在线时间保证了判定委员会成员的数量基础)¹⁸。

进入更高阶层面,专家委员会全部由普通委员会晋升产生。二者在职能分工和权限上有所不同:普通委员会成员对用户纠纷类违规进行判定,如内容抄袭、骚扰他人、冒充他人等;专家委员会成员参与不实信息违规、对普通委员会成员的判断进行复审以及因发布垃圾营销信息被扣除信用积分的举报的复审¹⁹。每月对所有社区委员会成员进行一次经验值排序,排序前2000的成员将成为专家委员会成员。

3.2 简单多数制

社区委员会成员在参与判定纠纷时,在投票时限内参与投票,纠纷双方中的任意一方在获得超过半数以上判定支持的情况下即获得纠纷的胜诉²⁰。适用于政治选举或英美法审判中的刑事案件中的多数制,分为绝对多数制和简单多数制,微博社区委员会将简单多数制通过网站投票的形式引入平台判定纠纷机制中,以达到互联网场域的创新。但是,此处适用的简单多数制与传统适用范围相区别,社区公约依照自身社交网络的特点,对于平台上高发的纠纷类型进行归纳,通过委员会成员参与投票,对归纳出的纠纷有针对性地进行判定。以具体执行层面来说,普通委员会成员对用户纠纷类违规进行判定时采取21票制,任一方达到11票即获支持,如内容抄袭、骚扰他人、冒充他人等;专家委员会成员参与不实信息违规、对普通委员会成员的判断进行复审以及因发布垃圾营销信息被扣除信用积分的举报的复审,判定采取9票制,任一方达到5票即获支持。

18 参见附件中《微博社区管理规定(试行)》第13条。

19 参见附件中《微博社区管理规定(试行)》第10条。

20 参见附件中《微博社区管理规定(试行)》第12条。

3.3 审判委员会的单轮制

平台用户之间的纠纷通过举报发起后，经历举报人举证与被举报人自辩的 24 小时后，进入判定程序。委员会在判定过程中随机形成 21 人制的审判团，通过后台寻找在线的委员会成员，并通过私信方式邀请参与判定²¹。其中组成委员会的形式以 3 小时为一个时限，即参加判定的委员会成员仅在邀请发出后 3 小时内有效，随机形成的审判团成员未能在 3 个小时内达到任一方 11 票的简单多数结果，则当次审判团判定结果无效，需解散本次审判团，再次重新随机生成审判团组织判定，直至 24 小时内完成判定。如启动复审程序，同样需在 3 小时一轮审限内审结。在此与传统纠纷解决不同的是，微博中的纠纷由用户发起后直接启动判定流程而省略了立案条件的审查，因此如果 24 小时内未形成有效判定，即认定不构成有效举报。

3.4 全平台拉票制度

全平台拉票制度是微博社区委员会制度的又一特色，为了保证平台判定内容的公平性，借鉴现行审判制度的二审制，在普通委员会进行判定后，符合复审条件的案件将会由专业委员会进行复审。其中全平台拉票制度就是启动复审的条件之一，因为考虑到互联网场域中的纠纷的海量性，触发复审的程序在设定上充分考虑了互联网特性中的其他用户的参与，全平台拉票制度由纠纷双方中败诉方发起，在普通委员会判定后 24 小时内发起复审申请，并在复审申请 48 小时内通过向全平台其好友或粉丝推送判定结果，并邀请支持复审的做法，在达到一定影响范围的情况下，触发复审条件，即达到 100 人以上参与支持本方，且支持复审人数超过原审胜诉一方的，启动复审程序。在复审程序中，进行新一轮的投票，采取 9 票制，任意一方达到 5 票即认定获得支持²²。

3.5 判定前的双盲和判定后的卷宗公开制度

为了保证判定内容过程中的公平性，参与判定的委员会成员与纠纷双方均

21 参见附件中《微博社区管理规定（试行）》第 19 条。

22 参见附件中《微博社区管理规定（试行）》第 20 条。

采取双盲制，即对于判定的双方与参与判定的委员会成员无关联，仅对事实内容加以判定，参与判定的成员无法确认具体当事人，从而有效地防止因存在利害关系而左右判定结果的情况出现。

判定后依照微博社区的管理规定，由平台方形成卷宗，通过举报大厅予以展示，其形成的卷宗包含双方举证内容及时间，同时供普通用户旁观，对于委员会判定结果不仅显示投票数，同时显示参与判定委员会成员名单，并提供在形成判定时考虑的理由以供公众参考。

4. 结语

与传统纠纷解决机制的执行不同的是，在经过微博社区委员会参与判定后，平台对于认定后的结果直接执行。站方平台依照委员会判定结果按平台规则执行，如进行信用扣分并对判定结果进行公示，在达到一定程度的情形下将会限制违规用户在平台上的活动，如无法发帖和参与互动评论。对违规用户进行平台公示评价、低信用积分展示或驱逐出平台，如撤销认证并冻结账号。平台对违规用户的执行手段类似于现实社会的社会评价体系，低信用用户公示类似于金融领域的信用黑名单，冻结账号类似于某些限制人身的执行手段。通过对违规用户进行平台上活动的限制，对当今越来越依赖线上活动的平台用户具有极大的威慑和事实上的约束力。

上述网规的效力及委员会判定结果在线上得到了有效的支持，但对于用户在平台上的处罚如何获得司法层面的衔接认可，有效融入传统纠纷解决框架成为待议之题，也是其未来发展的方向。事实上，我国已经开始结合行政、司法、民间与社交平台自身的力量，共同处理此类问题。在2014年3月，北京市司法局借鉴微博社区委员会运行原理，设立了首家网络调委会——新浪人民调解委员会，通过中华全国人民调解员协会、北京市司法局、中国互联网协会人民调解委员会、新浪网四方共同打造的维权绿色通道，新浪人民调解委员会为网民提供正规化、系统化、高效率的维权渠道，以便更好地维护网民权益。在《北京市司法局关于北京新浪互联网信息服务有限公司成立新浪人民调解委员会的函

复》指出，通过新浪社区的网民自治组织，对诉讼阶段前的纠纷进行处理，通过网友自律的方式解决矛盾纠纷，促进社会和谐稳定，并达到倡导依法文明上网，实现了“简单纠纷、快速解决”的目的。从某种程度上，这也体现了网规作为一种自治性规范性文件，对于推进公权力行政、执法、司法进程的作用。

网规作为一种互联网治理的创新机制，通过个人、组织的自我约束和相互约束以及舆论约束和利益平衡而实现规范人们行为、调整社会关系的作用，体现了如今互联网自治和多重治理的趋势，对于“互联网+”时代的多样化法治构建具备极强的参考意义。纵观《关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》处处释放着强烈的法治信号，不仅在基本指导原则中明确“完善互联网融合标准规范和法律法规，增强安全意识，强化安全管理和防护，保障网络安全”，而且推动措施中提出关于加强法律法规建设的具体要求、责任部门，为融合发展法治建设制定了清晰的路线图。可见，目前我国推动“互联网+”行动就是要推动相关领域法治建设，就是要增强立法、司法、行政、互联网企业、网民等多方面全方位的法治参与。从这一角度来看，微博社区委员会为我们树立了良好的范本，但这也只是开端而已，未来还有更多的挑战需要我国的法治体系去面对。

08 大数据应用与个人信息保护的平衡考虑

陈际红

中伦律师事务所合伙人 律师

国务院于 2015 年 9 月发布《国务院关于印发促进大数据发展行动纲要的通知》（简称《纲要》）。《纲要》旨在推动大数据在政府和产业的广泛应用，同时亦指出我国大数据发展存在顶层设计和统筹规划、法律法规建设滞后等诸多问题。在大数据的法制建设中，个人信息保护应当是重要的一个环节，进一步讲，建立个人信息保护的完善法律体系，在大数据应用和个人信息保护间寻找恰当的平衡点，是大数据产业健康发展的关键。

1. 大数据应用的发展与个人信息保护需求间的关系日益紧张

“大数据”（Big Data）最早由全球知名咨询公司麦肯锡提出。麦肯锡认为：数据，已经渗透到当今每一个行业和业务职能领域，成为重要的生产因素。人们对于海量数据的挖掘和运用，预示着新一波生产率增长和消费者盈余浪潮的到来。国际数据公司（IDC）归纳了大数据的四个特征，即海量的数据规模（Volume）、快速的数据流转和动态的数据体系（Velocity）、多样的数据类型（Variety）和巨大的数据价值（Value）。

大数据的特性决定了大数据应用的发展以数据的充分流动、获取和利用作

为基础。为了满足大数据流动性的要求，贵阳也于2015年4月在国内成立了首家大数据交易所，面向全国提供数据交易服务。

但是，作为信息技术发展的另一面，我国个人信息滥用问题也日益突出，主要表现在以下几个方面。

第一种是个人信息的过度收集。为保护个人信息之目的，“最少够用”在欧盟等国家或地区已经成为一项广泛接受的基本原则，该原则在我国的《个人信息保护指南》中也得到采纳。但是，作为信息收集方的商家或行政机关，在办理业务或行政过程中，收集和所办事项无关的信息的情况仍然普遍存在。

第二种是擅自披露个人信息。作为信息收集方，应当对所收集的信息采用保密措施，保证信息的安全，对外披露应当以信息主体的授权或同意为前提。但是，国内的实际情况是，擅自披露个人信息的情况在行政机关、银行、学校等机构经常发生。

第三种是擅自提供个人信息。个人信息的收集方在收集个人信息时应当对应特定的目的，该特定目的之外对信息的使用，比如向第三方提供个人信息，必须要得到信息主体的同意。经过调查发现，为了推广商业之目的，商家经常会在关联公司间交换个人信息数据库。

第四种是非法交易个人信息。诸如快递员出售消费者信息、电信员工出售电信用户信息的案例时有报道。

第五种是个人信息收集方未尽到信息安全责任，致使个人信息泄露。比如携程网因系统存在技术漏洞，导致用户个人信息、银行卡信息等泄露的案例。

以上可以看出，大数据应用需要保持数据的充分流动性，而信息社会对个人信息保护提出了更高的要求，需要防止个人信息的滥用。在两者诉求间如何寻找适度的平衡点，对立法者提出了挑战。

2. 我国个人信息保护的立法进程

谈个人信息的保护，应当从隐私权开始。隐私权作为一项人格权利，在西方国家历史悠久，只是由于信息技术的发展，引发信息传播方式的变革，使得隐私权在信息社会的保护凸显困难和重要性。而个人信息保护则是随着信息技术的发展而产生的概念。依照张新宝教授《从隐私到个人信息之利益再衡量》一文观点，个人隐私与个人信息呈交叉关系，即部分个人隐私属于个人信息，而部分个人隐私则不属于个人信息；有的个人信息特别是涉及个人私生活的敏感信息属于个人隐私，但也有一些个人信息因高度公开而不属于隐私。

国内对网络隐私权的广泛关注和讨论发端于“王菲诉张乐奕侵犯名誉权案”（（2008）朝民初字第10930号）。此案被广大的网民称为“人肉搜索”第一案，之所以如此受到社会关注，概源于以下的原因：（1）“人肉搜索”无约束的滥用，导致侵犯隐私权行为在网络上的泛滥；（2）立法滞后，法律没有给公众、网络行政管理者和司法机构树立一个明确的隐私权保护规范；（3）中国隐私权保护传统缺失与信息社会对隐私权保护的强烈要求之矛盾日益突出。

坦率地讲，由于没有隐私权的历史传统，在此案之前，我国在此领域的立法也几乎是空白。在《中华人民共和国民法通则》中，与隐私权最密切的权利规定是第98条关于生命健康权、第99条关于公民的姓名权、第100条关于肖像权和第101条关于名誉权的规定。《最高人民法院关于贯彻执行《民法通则》若干问题的意见（修改稿）》第160条规定，以书面、口头等形式宣扬他人的隐私，或者捏造事实公然丑化他人人格，以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉，造成一定影响的，应当认定为侵害公民名誉权的行为。在这一意见中，很明显，最高人民法院把宣扬隐私视为侵害公民名誉权的行为。

显然，隐私权与名誉权的外延与内涵都不尽一致。司法解释在此问题上的不一致，恰恰反映了司法解释制定者的困境和矛盾：司法解释应当源于法律，因此，司法解释所提及的“隐私权”必须在法律上找到根基；同时，司法解释要呼应社会发展的需求，把隐私权保护单独和明确地体现到司法解释中。

而在法院的判决中，是对隐私权和名誉权做了明确区分的。判决认为，隐

私一般是指仅与特定人的利益或者人身发生联系，且权利人不愿为他人所知晓的私人生活、私人信息、私人空间及个人生活安宁。而在法律适用上，法院依据《民法通则》第 101 条之规定做出判决，又把隐私权归入名誉权的范畴。

2009 年制定的《刑法修正案（七）》，明确规定了“出售、非法提供公民个人信息罪”和“购买、非法获取公民个人信息罪”。事实上，《刑法修正案（七）》对于打击严重的个人信息犯罪行为起到了很大的作用，有一些金融、电信等具有公共服务职能的单位的工作人员因此而获刑。

2009 年 12 月颁布的《侵权责任法》第一次在法律中引入了隐私权的概念，虽然没有具体规定隐私权的内涵和外延，但却把它作为一项公民基本权利规定出来。

2012 年 12 月全国人大常委会表决通过《关于加强网络信息保护的决定》，从立法的层面上对能够识别公民身份和涉及公民个人隐私的电子信息进行保护，具有宣示性的意思。该决定规范了网络服务提供者和其他企事业单位使用、收集、保密、管理公民的电子信息的行为，并明确了公民有拒绝接收垃圾信息的权利。在侵权行为发生时，公民有权要求网络服务提供者删除有关信息或者采取其他必要措施予以制止。

2014 年 6 月最高人民法院发布《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》，第 12 条规定，网络用户或者网络服务提供者利用网络公开自然人基因信息、病历资料、健康检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其他个人信息，造成他人损害，被侵权人请求其承担侵权责任的，人民法院应予支持。该条款用列举的方式试图框定个人隐私和其他个人信息的外延。

2015 年 8 月全国人大常委会通过《刑法修正案（九）》与《刑法修正案（七）》相比，对个人信息保护进行了增强。变化之一是犯罪主体身份一般化，《刑法修正案（九）》将个人信息保护的两罪名的犯罪主体扩大为一般主体及单位；变化之二是获取方式不限，对于通过履行职责或者提供服务以外的其他方式合法地获得公民个人信息后，又将该信息出售、非法提供给他人的行为，纳入刑法

的打击范围；变化之三是最高刑提高至七年，加大了处罚力度。

除以上的立法之外，工业和信息化部依据《关于加强网络信息保护的決定》制定了《电信和互联网用户个人信息保护规定》的部门规章，规范电信和互联网领域的个人信息保护。《个人信息保护指南》是我国首部个人信息保护国家标准，属国家标准“指导性技术文件”，对利用信息系统处理个人信息的活动起指导和规范作用，目的是提高企业、个人信息保护技术水平，促进个人信息的合理利用。

从以上的梳理可以看出，对于个人信息的保护，我国缺乏系统性的立法，以碎片化立法为主。更为重要的是，关于个人信息权利的本质属性，其权利范围，以及和隐私权的关系，都没有明确的法律规定。司法过程中，亦不能获得统一的尺度。比如北京百度网讯科技公司与朱烨隐私权纠纷案（（2014）宁民终字第 5028 号）中，一审和二审法院就使用 cookie 软件收集的用户上网信息是否为个人信息，侵犯个人信息隐私是否仅限于将信息加以公开，使用 cookie 软件收集个人用户信息是否存在某种告知即可等问题观点明显不同，判决也在学界和业界引起巨大的争议。

3. 个人信息保护的國際視野

总体来讲，关于个人信息保护的立法模式，有欧盟的统一立法模式和美国的分别立法模式两种。

3.1 欧洲关于个人信息的保护

欧盟通过立法确定个人信息保护的各项基本原则和具体的法律规定。由于悠久的人格尊严至上的传统，欧盟各国普遍认为，人格权是法律赋予自然人的基本权利，个人信息体现了自然人的人格利益，应当采取相应的法律手段加以严格保护。

最能体现欧盟对个人信息保护司法态度的一个案例，是 2011 年发生在西班牙

牙关于“被遗忘权”的案件。原告通过使用谷歌搜索发现，自己早年因财务窘迫被法院强制出售财产的新闻仍然在网络传播，遂将新闻原发网站的主办者《先锋报》和谷歌告上了法庭，案由是《先锋报》和搜索引擎侵害了原告的隐私权。法院最终以新闻自由认定《先锋报》不承担责任，而谷歌作为搜索引擎不能以新闻自由而豁免，为了保障公民的被遗忘权，谷歌应该承担删除责任。

经常引起互联网业界观察和思考的一个问题是，欧洲为什么没有世界级的大的互联网公司的产生，除其他原因之外，欧洲对信息技术和互联网不宽容的法律环境，或许不适合互联网公司的成长和生存。

作为基础性的个人信息保护法律，欧洲议会制定的《保护自动化处理个人数据公约》（Council of Europe: Convention For the Protection Of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data）对个人信息保护规定了八项原则：

- 必须公平合法地取得供个人数据存储用的信息；
- 只有为特定的、合法的目的，才能持有个人数据；
- 使用或透露个人数据的方式不能与持有数据的目的相冲突；
- 持有个人数据的目的本身，也必须中肯，不显得过分；
- 个人数据必须准确，对于需要以最新材料存档的那些内容来说，还必须不陈旧、不过时；
- 如果持有某些个人数据要达到的目的是有期限的，则持有时间不得超过该期限；
- 任何个人均有权在支付了合理费用后，向数据持有人了解有关自己的信息是否被当作个人数据存储；
- 必须采取安全措施，以防止个人数据未经许可而扩散、更改、透露或销毁。

3.2 美国关于个人信息的保护

在立法的价值取向上,美国政府既希望个人信息得到有效保护,又不希望因过于严格和机械的立法切断信息的自由流动。可以说,美国较欧洲而言,更关注个人信息保护和信息自由流动的平衡。

美国于1974年通过的《隐私权法》,考虑到政府是个人信息收集和利用的最主要的参与主体之一,该法成为美国行政法中保护个人隐私的重要法律。《隐私权法》对政府机构收集、使用、公开个人信息和个人信息保密制定了详细的规范,明确“隐私权为联邦宪法所保障的基本人权”。美国在一些比较敏感的领域,如儿童信息、医疗档案、金融数据等,采取分别立法的方式保护个人信息,如《消费者网上隐私法》、《儿童网上隐私保护法》和《电子通信隐私法案》等。

在个人信息保护的实现路径上,美国更愿意鼓励采取政策性引导下的行业自律模式来实施,国会立法只起到补充和辅助作用。目前来看,行业自律方式主要包括建议性的行业指引、网络隐私认证计划、技术安全模式和安全港模式等。

4. 立法建议与讨论

4.1 关于立法的时机

目前我国关于个人信息保护的专门立法还处于专家建议稿的阶段,距通过立法似乎还有一段距离。但是,随着公民私权意识的增强,以及信息技术尤其是大数据应用的发展,个人信息的立法又显得具有迫切性。

一方面,个人信息的保护无章可循,商家对个人信息的收集和使用等没有明确的法律边界,造成个人信息滥用日益严重,更甚者,社会上形成了个人信息非法交易的链条。在这样的环境下,人人成为“透明人”,个人生活的私有空间经常被打扰,非法获得的个人信息被用于诈骗等非法目的也屡见不鲜。从公众利益角度出发,有一部保护个人信息的法律,在个人信息被侵犯时能得到法律的有效救

济,才能使得个体在信息社会中获得安全感,不会对信息技术和大数据产生抗拒感。这也是大数据能够得以健康发展的社会基础。

另一方面,对于大数据应用和产业而言,明确的法律边界至关重要。传统产业向“互联网+”的转型过程中,通过大数据的收集和分析能够实现精细化的市场定位和精准营销,有助于其竞争力的提高;对于大数据产业本身,其存在的前提条件就是能够持续获得作为“原材料”的流动性的大数据。但是,目前产业界普遍的困境是,当前有限的、模糊的关于个人信息保护的规定,如何构建合法的商业模式、控制法律风险显得非常困难。比如说,大数据公司经常会利用到个人信息“脱敏”的技术手段,也就是把个人信息中敏感的信息掩盖或删除,希望通过“脱敏”规避侵犯个人信息的法律风险。但是,关于“脱敏”的程度和标准及法律风险的判断,由于缺乏法律指引,也因公司而异。

4.2 关于立法的若干考虑

首先,应当明确个人信息权利的私权性质,进而应当充分尊重交易双方在个人信息安排和处分中的意思自治。信息技术的发展日新月异,针对个人信息的开发和利用也会多种多样,应当把个人信息如何利用的决定权交由权利人来决定。比如北京百度网讯科技公司与朱烨隐私权纠纷案((2014)宁民终字第 5028 号),暂不论其判决正误,单就 cookie 技术的应用而言,本来就是“甲之甘露,乙之砒霜”。一部分人会觉得 cookie 技术的使用为消费者带来了便利,能为其内容选择和电子商务提供个性化的指引;而对另一部分人而言,可能会觉得受到了冒犯,更愿意把个人的上网历史作为私有信息对待,亦可以理解。尊重个体对个人信息权利的处分和对新技术的选择,便逐步会在个人信息保护和大数据利用的博弈中找到自然的平衡点。

明确个人信息权利的私权性质,另一方面而言,意味着不必在法律中设置过多的强制性的规定,而应当以补充性规定的方式来弥补当事人未做出约定情形下的权利义务安排。比如我们常提到的欧盟的“特定和合法目的原则”,也就是说信息收集方只有为特定的、合法的目的,才能收集和持有个人信息数据。可以试想一种情形,消费者基于对商家的信赖关系,明确允许商家将其收集的

个人信息用于未来的、不特定的产品和服务，即使不符合特定目的原则，又何尝不可？

其次，对于特定领域的个人信息的保护，应当制定明确的法律规范，比如医疗信息、儿童信息、电信及金融信息等的保护，这也是美国关于个人信息保护的立法思路。儿童和患者及对于商家而言的消费者，是相对弱势的群体；金融信息和通信信息，涉及用户的重大利益，也可能涉及国家的金融和信息安全。

最后，关于数据跨境传输和存储的考虑。随着全球化的发展，个人信息的跨境传输和存储不可避免，互联网使得世界变成了地球村，而信息流动是地球村的中枢神经。国际化的另一个表现是跨国公司的广泛存在，跨国公司对信息的管理一般会采取集中数据库的管理方式，各子公司间会进行跨境的数据流动。因此，在立法过程中，一般情况下，应当允许数据的跨境流动性。但是，数据的传输和存储又会涉及国家信息主权和信息安全等诸多问题，对特定信息进行特殊管理，要求信息的本地处理和存储又是国际上的惯例。例如，对于个人金融信息，我国法律法规规定，在中国境内收集的个人金融信息的储存、处理和分析应当在中国境内进行。除法律法规及中国人民银行另有规定外，银行业金融机构不得向境外提供境内个人金融信息。

在《网络安全法（草案）》中，引入了关键信息基础设施的概念，国家对关键信息基础设施实行重点保护。关键信息基础设施的运营者应当在中华人民共和国境内存储在运营中收集和产生的公民个人信息等重要数据；因业务需要，确需在境外存储或者向境外的组织或者个人提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估。我们认为这种设定是适当的，兼顾了信息流动和国家信息安全的考虑。



第 03 辑 问题争鸣



01 网络广告欺诈性点击的规制

吴汉洪 董笃笃

吴汉洪 中国人民大学经济学院教授 博士生导师
中国人民大学产业经济与竞争政策研究中心主任
国务院反垄断委员会专家咨询组成员
董笃笃 中国人民大学经济学院博士后

网络广告是互联网信息服务业的主要营收来源之一。根据艾瑞咨询《中国网络广告行业年度监测报告简版（2015 年）》的数据，2014 年国内网络广告市场规模达到 1540 亿元，同比增长 40.0%。当互联网信息服务经营者享受网络广告带来的巨大收益时，网络广告“欺诈性点击（click fraud，也称点击欺诈，或恶意点击）”的出现使得他们不得不对网络广告产业的前景感到担忧。目前，欺诈性点击在所有点击中所占的比例较高，2009 年为 15.3%，2010 年为 19.1%¹。并且，越来越多的网络广告主以违反合同的明示条款、违反诚实信用原则或公平原则等为诉由，向网络广告发布者提起了与欺诈性点击相关的诉讼，要求返还或赔偿因欺诈性点击所遭受的损失。如何有效规制欺诈性点击，已成为维护网络广告市场竞争秩序并促进互联网信息服务业健康发展的主要难题之一。

1 See Li, Xiarong, Zeng, Daniel D., Liu, Yong and Yang, Yanwu, Click Fraud and the Adverse Effects of Competition, IEEE Intelligent Systems, 26(6), 2011. p.31.

1. 欺诈性点击的表现形式与经济特性

“按点击付费 (pay-per-click, PPC)” 这种网络广告模式，是欺诈性点击赖以产生的基础。欺诈性点击是指在 PPC 广告中那些不因广告兴趣所产生的，以增加广告费用等为目的、模仿正常用户的广告点击行为。欺诈性点击的制造者具有多样性，但最主要也最常见的制造者是网络广告主的竞争者以及网络广告发布者的附属站点或者子站点。其中，广告主的竞争者实施的欺诈性点击，多被称为“竞争性欺诈 (competitive fraud)”，是指广告主通过恶意点击竞争对手的广告而消耗对手的广告预算的欺诈行为。广告发布者及其附属站点实施的欺诈性点击，多被称为“膨胀性欺诈 (hit inflation)”，是指发布者由于经济利益的驱使而虚假地提高广告点击量的欺诈行为²。

欺诈性点击将导致效率损失；并且，市场竞争越激烈，欺诈性点击的比例就越高。一方面，对于广告主竞争性欺诈而言，它能够成为广告主在博弈中的竞争策略。竞争性欺诈的出现会降低在广告位投标中获胜的正常广告主的投资回报率，并使得广告发布者可能得到更高的广告收益。当竞争性欺诈并不直接出现，而是作为威胁存在时，正常广告主的投标价会因此降低，让欺诈广告主产生竞争优势，从而导致广告位拍卖中无效率均衡的出现。当欺诈广告主通过这种欺诈威胁赢得广告位后，正常广告主和广告发布者的收益都会降低。这种竞争性欺诈威胁对市场效率和收益的危害是持久性且难以察觉的。另一方面，对于广告发布者膨胀性欺诈而言，在没有欺诈的状况下，发布者的收益是帕累托最优的，但是欺诈是发布者在竞争状况下的均衡策略。也就是说，发布者的竞争导致了发布者膨胀性欺诈的产生。并且，市场中发布者的整体欺诈点击比例随着发布者竞争激烈程度的提高而上升。在均衡状态，规模较大的发布者的均衡欺诈点击比例较低，而且其均衡收益严格小于无欺诈状况下的收益；规模较小的发布者的均衡欺诈点击比例则较高，并可能得到比无欺诈状况收益更高

2 王飞跃，等．新兴电子商务——关键字竞价基础理论与计算实验[M]．北京：清华大学出版社，2013 年版，第 77 页。

的均衡收益³。综合以上两个方面，广告主之间的竞争越激烈，欺诈性点击的比例越高；同样，广告发布者之间的竞争越激烈，欺诈性点击的比例也越高⁴。

正因为如此，在网络广告产业中，一方面，市场竞争的激烈程度将因欺诈性点击而被弱化。为避免欺诈性点击可能导致的损害，广告发布者将倾向于直接向广告主提供服务，尽量减少附属站点或子站点；广告主将倾向于采用长尾关键词广告而非目标关键词广告，进而避免广告主之间关于目标关键词广告的竞争。另一方面，市场竞争秩序也很可能受到干扰。为提高均衡收益，规模较大的发布者将会向广告主披露相关分析数据以尽量避免欺诈性点击，但是，规模较小的发布者将很可能实施欺诈性点击。整体上，仅仅依靠市场竞争无法有效遏制欺诈性点击，很难避免与之相关的效率损失⁵。

2. 欺诈性点击的合同法规制及其不足

目前，欺诈性点击的规制主要以合同法为主要分析框架。在与欺诈性点击相关的现有案例中，尽管网络广告主或广告发布者曾提出多项诉讼请求，但具有决定性作用的主要是违约这一诉讼请求，其他诉讼请求大多以违约为前提。在合同法的框架内，法院原则上以 PPC 广告合同为主，认为广告发布者应承担对点击量进行披露和解释的义务，同时还相对依赖广告发布者提供与点击量相关的数据及其解释，广告主关于点击量的解释及举证尚未获得支持。

首先，有些案件的法院借助程序性技巧或通过和解平息纠纷，并未对欺诈性点击的认定和处理表明态度。例如，在美国 2005 年 Lane's Gifts 案⁶、2006 年

3 王飞跃，等．新兴电子商务——关键字竞价基础理论与计算实验[M]．北京：清华大学出版社，2013 年版，第 79-81 页。

4 See Li, Xiarong, Zeng, Daniel D., Liu, Yong, Yang, Yanwu, Click Fraud and the Adverse Effects of Competition, IEEE Intelligent Systems, 26 (6), 2011. pp.36-37.

5 See Li, Xiarong, Zeng, Daniel D., Liu, Yong and Yang, Yanwu, Click Fraud and the Adverse Effects of Competition, IEEE Intelligent Systems, 26 (6), 2011. p.37.

6 Lane's Gifts and Collectibles LLC v. Yahoo! Inc., Case No. CV-2005-52-1 (Ark. Cir. Ct. complaint filed Feb. 17, 2005) .

Advanced Internet Technologies 案⁷和我国 2006 年张新维诉百度案⁸中，当事人双方均达成和解。而在美国 2012 年 In re Facebook 案⁹中，原告 RootZoo、Price、Fox 等提起集团诉讼，认为被告 Facebook 没有过滤无效点击，对无效点击收取广告费，违反了 PPC 广告合同。但法院认为，PPC 广告具有高度专业化和个性化的特点，虽然本案诸原告均涉及无效点击的问题，但这些问题并不应被视为同种类的法律问题，因而驳回原告起诉。

其次，在法院判决的案件中，法院原则上以广告合同为依据，但对于如何解释广告合同的内容则存在不同观点。比如，关于是否应仅以有效点击为准收取广告费的问题，在美国 2003 年 Go2Net 案¹⁰中，当事人双方明确约定，广告费应以广告发布者所计算的访问量为准。广告主却主张，在计算访问量时，应仅以实际网民的访问量为准，排除搜索引擎或其他人工智能的访问量。广告发布者则主张，既然广告合同已有明确约定，就应以其计算的访问量为准。本案法院支持了广告发布者的主张。但在美国 2009 年 Menagerie 案¹¹中，法院认为，广告合同应被解释为，原告不应对特定种类的点击付费，如通过自动程序、恶意竞争者或者 Citysearch 的雇用者产生的点击。再如，关于网站“常见问题解答”或“帮助中心”中有关无效点击的声明是否属于广告合同内容的问题，在美国 2005 年 Checkmate 案¹²中，原告认为 Overture 市场规则应包括雅虎网站上 Overture 服务中的常见问题解答部分。该解答部分规定：如果资料表明该点击是无效的，我们的点击保护系统将在收费系统中标出该点击。并且雅虎网站

7 Advanced Internet Technologies v. Google, Nos. C-05-02579 RMW, C-05-02885 RMW, 2006 WL 889477 (N.D. Cal. Apr. 5, 2006). 该案最早由 Click Defense 提起诉讼，后改由 Advanced Internet Technologies 提起诉讼。See Complaint, Click Defense v. Google, No. C05 02579, 2005 WL 1687517 (N.D.CA. June 24, 2005) .

8 (2006) 海民初字第 18465 号，转引自 (2006) 海民初字第 26335 号。

9 In re Facebook, INC., PPC Advertising Litigation, Case4:09-cv-03043-PJH, Document 266 Filed 04/13/12.

10 Go2Net, Inc. v. C I Host, Inc., 60 P.3d 1245, 115 Wn.App. 73 (Wash. Ct. App., 2003) .

11 Menagerie Productions v. Citysearch, 2009 WL 3770668 (C.D. Cal. Nov. 9, 2009) .

12 Checkmate Strategic Group v. Yahoo!, Inc., No. CV 05-4588 CAS (FMOx) (C.D. Cal., Dec. 19, 2005) .

Overture 方案中的政策部分规定：雅虎拥有一个名为点击保护系统的复杂的点击监督软件，该系统保证广告者不对无效点击付费。因此，Yahoo 错误地对欺诈性点击收费并且未采取措施防止欺诈性点击的行为构成违约。被告则认为，合同明确规定原告而非被告应对由第三方制造的无效点击负责。至于原告所提出的网站中“政策”部分的内容，Yahoo 认为这并不表明它是合同中所指的 Overture 市场规则或者是用来改变完整合同的内容。即使法官考虑到网站中常见问题解答部分的内容，这些内容也不能用来使 Yahoo 承担法律义务；因为 Yahoo 为提高顾客的满意度而超出法律义务做出的此项商业决定，并不意味着当其无法采取这些措施时便要负违约责任。本案法院认为，双方达成的合同中使用的“Overture 市场规则”至少应被解释为原告所认为的那样，并支持了原告的诉讼请求。然而，在美国 2011 年 Woods 案¹³中，原告认为，被告 AdWords 帮助中心的“其他政策和条款”中有三个链接，分别为无效点击、Google 如何应对无效点击以及广告交易质量办法中心的链接。这些链接所声明的无效点击政策，应属于双方签订的合同的内容。但法院认为，无效点击的规定是通过多种方式在多种网页中传播的，因此很难被确定为一个无疑义的合同条款。

其次，广告发布者应履行对点击量进行披露和解释的义务。例如，我国 2014 年赵××诉百度案¹⁴的法院认为，数据统计报告是合同计费依据，对双方当事人的合同利益具有直接、重大的影响。百度公司依据其单方制作的数据统计报告向赵××收取费用，应当在对方质疑时为其收费依据提供合理的解释和说明。赵××是网络服务的接受方和合同的付款方，有权质疑百度公司单方制作的数据统计报告，并有权要求百度公司对此提供合理的解释和说明。综合考虑《百度推广服务合同》（线上合同）的合同内容和合同目的，本院认为质疑并要求百度公司解释、说明数据统计报告是赵××一项主要合同权利。当赵××对数据统计报告产生质疑时，赵××有权依据约定终止合同。

最后，如果广告主对广告发布者提供的解释不满意，应自己对点击量的来

13 Woods v. Google Inc., 2011 U.S. Dist. LEXIS 88795 (N.D. Cal., Aug. 10, 2011) .

14 (2014) 海民初字第 5660 号。

源承担证明责任，但关于证明标准或证据形式的要求则尚不清楚。例如，在我国 2013 年酷狗诉雨林木风案¹⁵中，被告认为原告存在严重作弊行为。被告提供了 20 份网络截取的数据，认为原告与被告合作期间，结合第三方统计的 IP 数据，与其他合作方广告带来的收益进行对比，原告带来的 IP 量与最后收益有明显的不合理，存在作弊的异常行为。同时，被告认为原告有作弊的先例。然而，被告对这一主张，并未提供证据予以证实。对此，法院认为，被告称原告提供的服务中存在作弊行为，但被告仅仅是通过网络截取的数据以及对比其他合作方广告带来的收益，认为原告带来的 IP 量与最后的收益有明显不合理，从而做出原告作弊的认定，对此却无法提供任何证据证实原告的作弊行为及作弊方式。由于 IP 量与其最终所带来的收益之间必然存在一定的风险，被告并未能提供证据证实原告在合作期间的作弊行为及作弊方式，加之此前被告亦按照《协议》约定向原告支付了 96 000 元的信息服务费，并未向原告提出作弊异议，现仅凭对比及推测认定原告的作弊行为，缺乏事实和法律依据，该法院对此不予采信。在 2014 年赵××诉百度案中，法院认为，赵××自行统计的内容仅为未经公证的网页打印件，在被告不予认可的情况下，不能作为认定事实的根据，也不能作为比对的基础。此外，网络推广服务的数据统计有其自身的特点，应综合考虑网络统计的特点和当事人的举证能力，根据公平原则和诚实信用原则，合理分配举证责任。百度公司提交了点击 IP 和点击时间列表，对其收费依据提供了合理的解释和说明，已经尽到了合理的举证责任。此时，举证责任应转移至赵××。因赵××未提交充足相反证据，应自行承担举证不能的法律后果。

整体上，以合同法为主的规制思路存在两方面核心难题。一方面，虽然 PPC 广告费很可能会以有效点击而非所有点击为基准进行计算¹⁶，但在认定是否存在有效点击或欺诈性点击时，却存在较大争议。法院相对认可广告发布者所认定的有效点击或欺诈性点击，但广告主对此持有异议，很难达成共识。另一方面，

15 (2013) 穗天法民二初字第 2540 号。

16 See Daniel L. Hadjinian, Clicking Away the Competition: The Legal Ramifications of Click Fraud for Companies that Offer Pay Per Click Advertising Services, 3 Shidler J. L. Com. & Tech. 5 (Autumn, 2006). para.28.

从法律责任的角度看，即使认定广告发布者违约，广告发布者也只是依据合同法承担违约责任，这种责任是否足以有效遏制欺诈性点击则不无疑问¹⁷。据此，仅仅依据合同法将很难有效地认定并遏制欺诈性点击。

3. 欺诈性点击的网络安全规制及其发展

鉴于合同法分析框架的局限性，有观点认为应援引诸如美国 1986 年实施并于 2008 年修订的《计算机欺诈与滥用法（The Federal Computer Fraud and Abuse Act）》¹⁸等网络安全特别法，强化欺诈性点击的法律责任，以有效遏制规制欺诈性点击。美国《计算机欺诈与滥用法》第 a 章第 4 条规定：“故意以欺诈的目的进入或越权进入一个受保护的计算机并且获得任何有价值的东西的行为时构成犯罪的，对于初次违反该条的行为处以五年以下有期徒刑，并处或单处罚款；再犯的处以十年以下有期徒刑，并处或单处罚款。”该法第 a 章第 5 条规定：“故意违法进入受保护的计算机并且该行为造成伤害或损失的应承担民事责任。”该法第 e 章第 2 条 B 款规定：“‘受保护的计算机’指用于或影响州际或对外贸易与交流的计算机，包括位于美国境外但以一定的方法影响州际或对外贸易与交流的计算机。”根据上述规定，每次无论是人为的或者使用蠕虫软件点击一个网络广告的链接，该链接所在的服务器以及引导作为结果的点击到下一个目的地的路由器就会被进入，因此该服务器与路由器就是受保护的计算机。而要满足第 a 章第 4 条的规定，就必须证明欺诈性点击制造者明知制造非法点击的行为超出了广告者的计划并且属于越权进入，同时对于欺诈性点击制造者因此获得的任何利益又是显而易见的。对于网络广告发布者的子站点或附属站点，通过

17 See Amy Tracy, TECHNOLOGY LAW--Great Google-y Moogley: The Effect and Enforcement of Click Fraud and Online Advertising, 32 U. Ark. Little Rock L. Rev. 347 (Spring, 2010) . pp.363-364.

18 See Brian S. Kabateck and Artin Gholian, CLICK HERE: The Computer Fraud and Abuse Act may Become the Best Tool for Fighting Internet Advertising Click Fraud, 33 Los Angeles Lawyer 22 (April, 2010). 美国奥巴马总统于 2015 年曾主张扩展该法的适用范围，但也存在反对意见。See SECURING CYBERSPACE - President Obama Announces New Cybersecurity Legislative Proposal and Other Cybersecurity Efforts. January 13, 2015. Also see Democrats. Tech Experts Slam Obama's Anti-Hacking Proposal. Huffington Post. January 20, 2015.

欺诈性点击行为增加了收益就是所获得的有价值的东西；而对于广告主的竞争者而言，消耗广告主的预算并进而以更低的价格获得广告主的广告位置则也应被认为是其所获得的有价值的东西。2009 年微软诉 Lam 案¹⁹的原告便援引《计算机欺诈与滥用法》请求法院判令赔偿损失、禁令、三倍赔偿、补偿律师费等更具威慑性的救济措施。

根据上述援引网络安全特别法规制欺诈性点击的思路，我国可根据 2009 年《刑法修正案（七）》第九条，将欺诈性点击行为认定为犯罪行为；还可根据 1994 年发布并于 2011 年修订的《计算机信息系统安全保护条例》第七条，将欺诈性点击行为认定为“利用计算机信息系统从事危害国家利益、集体利益和公民合法权益”的行为。

但在具体操作中，适用上述规制思路的前提条件是，广告发布者或广告主能够识别并记录网络点击的来源，广告发布者应对网络点击进行分析和计算，以识别或区分有效点击或欺诈性点击。为此，美国互动广告局（The Interactive Advertising Bureau, IAB）于 2009 年 5 月 12 日专门针对 PPC 广告发布了识别欺诈性点击的网络安全标准，即《IAB 点击计算指南（IAB Click Measurement Guidelines）》。该指南由美国互动广告局与 Google、Yahoo、Microsoft 等网络广告行业参与者联合制定，它规定了一个点击何时被计算，并明确了较为细化的技术要求。至于具体计算标准，点击组织包括网络广告发布者和网络系统均可为了竞争的需要提供比该指南更严格的计算标准，只要他们在满足该指南最低标准的基础上充分披露他们各自的特点。该指南提出，一个点击只有使用了“每次展示一次点击方法（one-click-per-impression method）”或者“每次展示多次点击的方法（multiple-click-per-impression method）”计算时才有可能被认为是一个有效点击。该指南还提出，疑似“欺诈点击”是无效点击的一种，该点击产生于一个使用者、软件或者自动代理者没有合法浏览网页内容，购买或实施任何类型的合法转变行为而仅为了操纵点击计算行为或者基于点击广告支付而使用 URL。疑似“欺诈点击”可能产生于人为或者计算机程序发动的自动行为，并

19 Complaint, Microsoft Corp. v. Lam, No. C09-0815 (W.D. Wash. filed June 15, 2009) .

且可能产生于无效的广告印象行为。该指南鼓励所有网络广告发布者或广告主采用独立第三方审计，并鼓励所有点击审计机构获取美国广告协会的认证。

虽然《IAB 点击计算指南》仅明确了计算网络点击的最低标准，但却为遏制欺诈性点击，保障网络广告产业中的网络安全提供了一条更具操作性的思路。在美国标准化体系下，该指南应属于自愿一致性标准，可被其他法律援引而成为技术法规。这样，在与欺诈性点击相关的合同纠纷中，如果当事人双方对点击量或有效点击存在争议，可以此标准为基础对网络广告发布者的点击分析系统进行评估；或者认定有资质的网络广告点击认证或证明机构，并由该机构认定有效点击，有助于解决欺诈性点击的认定问题。在网络安全特别法中，可以此标准为基础要求网络广告发布者设置网络点击分析系统，并在法律规定的情形下向行政执法机构或法院提供网络点击的信息，有助于有效遏制欺诈性点击。

4. 关于规制欺诈性点击的建议

互联网虚拟空间的问题绝不单纯是虚拟空间自身的问题，它们都是现实空间的问题，只是通过虚拟空间表现出来，并提示我们现在就必须思考或解决这些问题²⁰。对此，我们应有的态度是选择理性而非激情，理性所代表的不仅仅是表达人们心声的琴弦，更应是一种深思熟虑的、保持平衡的机制。同传统领域一样，明智的立法者应当思考互联网虚拟空间中的特定行为或特定技术在哪些具体方面是有益的或有害的，以及我们应做什么使其变得更好²¹。就欺诈性点击而言，如前所述，欺诈性点击将导致效率损失，仅依靠市场竞争无法有效遏制欺诈性点击；仅依赖于合同法也很难识别并遏制欺诈性点击；若援引网络安全特别法予以规制，又需要与欺诈性点击相关安全标准的辅助。因此，为有效规制欺诈性点击，维护网络广告市场的竞争秩序，应充分发挥“标准”这一规制

20 See Lawrence Lessig, *Code: Version 2.0*. New York: A Member of the Perseus Books Group, 2006, p.313.

21 〔美〕凯斯·桑斯坦. 网络共和国——网络社会中的民主问题[M]. 黄维明, 译, 上海: 上海世纪出版集团, 2003 年版, 第 144 页。

工具的积极作用。

具体而言,首先,我国应制定网络广告点击计算标准。随着我国标准化体制改革的深入,网络广告点击计算标准可涉及或囊括强制性国家标准、团体标准或企业标准等不同类型。根据《计算机信息系统安全保护条例》以及《信息安全等级保护管理办法》的规定,网络广告发布者应当依据相应信息安全等级的要求对信息系统安全进行保护,尤其应建立符合强制性国家标准的网络广告点击计算系统;更重要的是,信息系统安全主管部门应切实履行信息安全等级认定以及相应的指导、监督和检查职责。当然,除此之外,网络广告主体所组成的团体可制定团体标准,网络广告发布者也可制定企业标准。

其次,在网络广告点击计算标准的基础上,培育发展网络点击检测以及检测机构认证市场。对于属于强制性国家标准的点击计算标准,计算机信息系统安全主管部门应明确检测机构,或者合格检测机构的认证机构。对于属于团体标准或企业标准的点击计算标准,相关机构也可提供认证服务,并发展相应检测或认证服务市场。具有特定资质的网络广告点击检测机构所出具的报告,可作为解决各类纠纷的证据。

最后,在网络广告点击计算标准的基础上,合同法、竞争法、刑法、网络安全法等均可针对欺诈性点击分别做出符合各自价值目标的具体规定。例如,在合同法中,关键是明确关于欺诈性点击的证明责任与证明标准;在竞争法中,关键是明确欺诈性点击排除限制竞争的考察因素,或者主观上损害市场竞争的具体类型。并且,在实施过程中,应尽可能明确计算机信息系统安全的主管机构(公安部)、广告执法机构(工商总局)、电信主管机构(工信部)和互联网信息服务主管机构(网信办)等行政执法机构之间的关系,尤其应明确网络广告点击计算标准的主管机构。

02 互联网交易中消费者撤回权问题 与对策*

王洪亮 常 悦

王洪亮 清华大学法学院教授

常 悦 清华大学法学院硕士研究生

新修订的《消费者权益保护法》于第 25 条¹中新增了有关网络购物中消费者“撤回权”²的内容,赋予了消费者购买商品后 7 天之内“无理由退货”的权利。但在实践中,网上购物消费者在行使撤回权保护自己的权利时,往往受到

* 本文是最高人民法院研修学者项目“网络交易纠纷解决法律适用问题研究”的研究成果。

1 第 25 条第 1 款规定:“经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品,消费者有权自收到商品之日起七日内退货,且无须说明理由。”

2 在此种权利的称谓上,有观点称为“反悔权”,参见慕晓琛:《论反悔权制度在我国的发展——以新<消费者权益保护法>第 25 条为例》,《法制与社会》,2014 年第 5 期(中),第 41-42 页;另有观点称之为“后悔权”,参见苏丽芳:《论消费者后悔权的引入——评新<消费者权益保护法>第 25 条》,《法制博览》,2014 年第 5 期;另有称之为“消费者撤销权”的观点。笔者认为,从比较法的角度看,我国修订后的《消费者权益保护法》第 25 条的规定与《欧盟消费者权利指令》(2011/83/EU)第 9 条、第 16 条的规定类似,我国学者在对该指令及国外教科书的翻译和相关主要论文中均使用了“撤回权”这一称谓,故在本文中使用“撤回权”指代《消费者权益保护法》第 25 条规定的权利。参见:《欧盟消费者权利指令》(2011/83/EU),张学哲译,载《中德私法研究》总第 9 卷(2013),第 181-207 页;迟颖:《论德国法上以保护消费者为目的之撤回权》,《政治与法律》,2008 年第 6 期;张学哲:《消费者撤回权制度与合同自由原则——以中国民法典化为背景》,《比较法研究》,2009 年第 6 期;王洪亮:《消费者撤回权的正当性基础》,《法学》,2010 年第 12 期;莱茵哈德·齐默曼著:《德国新债法——历史与比较的视角》,韩光明译,法律出版社,2012 年第 1 版。

阻碍。根据 2015 年全国消协组织受理投诉情况分析：远程购物投诉率居于首要位置，2015 年，全国消协组织受理远程购物投诉 20 083 件，占销售服务类投诉的 69.86%。在远程购物投诉中网络购物占比 95.41%，比上年同期上升 3.13%。而在远程购物中，消费者主要投诉的对象涉及电商平台、以微商为代表的个人网络商家和电视购物等方面。而对电商平台投诉中，主要问题之一就是七天无理由退货难落实³。

在一项制度在实践中无法落实的情况下，应该反思的首先并非这一制度合理与否，更应反思的是，该制度的设计是否出了问题。针对问题，予以应对，才能达成法律的规范目的。

1. 撤回权的制度目的

信息义务（Informationspflicht）与撤回权（Widerrufsrecht）属于消费者保护的两大传统工具。《消费者权益保护法》一开始即规定了一般性的信息义务规则，但直至 2013 年修法，才规定了撤回权制度（第 25 条）⁴。在特定合同订立情况下，法律规定了有利于消费者的特别规则，立法者从订立合同的特殊情况出发确认消费者有特别值得保护之处。原则上，意思表示一到达即受约束，但在特定场合，立法者为了保护消费者，破除了这一规则，赋予消费者在意思表示到达后，一定期间内撤回意思表示之权利。

1.1 意思形成障碍

《消费者权益保护法》第 25 条主要是针对网络购物这种新型消费形式而增设⁵，为解决实践中存在的网络购物宣传与实物差距大、商品质量良莠不齐的问

3 下载于 <http://www.cca.org.cn/zxsd/detail/25965.html>，登录时间 2016 年 5 月 5 日。

4 杨立新：非传统销售方式购买商品的消费者反悔权及其适用[J]．法学，2013 年第 2 期。

5 根据全国人大法工委主任李适时《关于中华人民共和国消费者权益保护法修正案<草案>的说明》一文，网络购物中，消费者主要通过经营者提供的图片、画面或者文字等选择商品，难以辨别商品的真实性，容易受到不当宣传的影响。

题、强化消费者维权保障而专门制定了撤回权制度⁶。

在远程销售情况下，立法者认为，于订立合同前，与供货者并无个人接触，且无法亲眼看到商品或仔细了解服务的质量，也无从向其他自然人了解相关信息⁷。在现代社会中，网络、电视等远程交易方式日益增多，固然有其便捷、迅速之好处，但由此也为消费者带来了新的危险，即消费者与经营者没有身体上同时出现、相遇，而且，对于提供的货物没有进行检验的情况下谈判、签订合同⁸，故此，消费者在信息不健全的情况下进行决定，并无实质自由可言，对此，《消费者权益保护法》不仅通过信息提供义务保护消费者，而且通过赋予消费者撤回权，由消费者自由选择。

在远程金融服务合同、分时度假以及消费者信贷合同情况下，消费者无法完全判断合同条款的整体，在谈判这一很短时间内无法充分理解⁹。分时度假合同具有长期合同的性质，消费者于订立合同时可能无法理解合同长期约束力意味着什么，应给予消费者一定期间以更好地检查其权利与义务¹⁰。

综合而言，在上述情况下，消费者处于信息上的弱势，信息不完全导致其无法自由形成意思。所以，消费者撤回权的基础在于其意思形成受到了妨碍（Beeinträchtigung der Willensbildung）¹¹。这种妨害并不必真正形成，只要具有潜在的妨害意思形成之可能性即可¹²。在实质上，立法者推定在法定情况下，消费者的意思形成受到了妨害，该推定是不可以被推翻的。

6 杭宇：《消费者权益保护法若干条款的理解和适用——兼评网络购物中的消费者权益保护[J]》，《人民司法（应用）》，2014年。

7 Staudinger/Kaiser, § 355, Rn. 7. Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 20. Aufl., Rn. 592.

8 Rüthers/Stadtler, BGB AT, 2009, § 22, Rn. 19.

9 Wolf/Larenz, BGB AT, 14. Aufl., § 39, Rn. 18, S. 717.

10 H. Eidenmüller, Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, AcP, 210, S. 68.

11 G. Reiner, Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärung, AcP 2003, S. 9.

12 H. Eidenmüller, Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, AcP, 210, S. 71.

1.2 任意撤回权与契约严守原则

值得反思的是，在远程交易情况下，消费者没有检验货物是赋予其撤回权的强有力的理由，但远程交易情况下大部分情况均为种类物，无须检验，通常都是无瑕疵的；实践中，通过约定，往往也允许消费者在一定期间内退货。故在远程交易中，法律规定消费者撤回权的理由是有争议的¹³。

为了保障契约将来产生效力，当事人须受其曾订立的合同之约束，此即契约严守原则（*pacta sunt servanda*）。合同严守原则的主要根据在于保护交易以及信赖、赋予合同以将来之效力。合同当事人允诺给付，约束自己，在经济上互为“牺牲”，即使在事后利益状况变化的情况下，也受其约束¹⁴。

合同严守与合同自由都是个人自决（*Selbstbestimmung*）的表达。所谓意思自由，即个人自由的行使，也表示人实际上的、在自由中形成以及行使的意思¹⁵。没有意思自由的合同拘束力是不可想象的¹⁶，只有在意思表示人有意识地、无瑕疵地做出允诺的情况下，严守合同才有其正当性¹⁷。在实质之意思自由无法被保障，反而为他人决定所妨害的情况下，被妨害之人存有撤销利益。

但从合同对立关系来看，消费者具有撤销利益，即不受约束的利益，但其相对人享有存续以及受约束的利益，并且对合同的存在与约束力存有信赖利益¹⁸。如果要否认相对人的信赖利益，通常除了须具备意思表示瑕疵之前提外，尚需要可归责于相对人的事由，如欺诈或胁迫情况下的“故意”要素。

消除利益与意思瑕疵以及可归责事由是成正比的，意思瑕疵越严重、允诺人的表示瑕疵越可归责于允诺受领人，在利益衡量上，越有利于消除利益人，如欺诈的情况；如果意思瑕疵不可归责于允诺受领人，那么就须严守契约，如

13 Rüthers/Stadtler, BGB AT, 2009, § 22, Rn. 25.

14 Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 29.

15 Flume, AT II, 3. Aufl., 1979, S. 49.

16 Stathopoulos AcP 194, S. 543, 552.

17 Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 28 ff.

18 Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 38.

立法政策上允许撤销，则应给出补偿，如错误的情况。

在消费者撤回权的情况下，经营者负有告知撤回权之义务，故亦不得对订立合同之存续产生信赖。

基于上述理由，赋予消费者任意之撤回权，有其正当性理由，并没有危及经营者的信赖利益乃至法律的安定。

在《消费者权益保护法》第 25 条中，并未设计经营者告知撤回权之义务，在利益衡量上，并未考虑经营者信赖严守合同的利益。

2. 撤回权行使前提的问题

2.1 是否限定在销售情况下

《消费者权益保护法》第 25 条规定的是远程交易情况，即采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品的。

在远程销售情况下，消费者撤回权构成要件中并没有特定场合之要素，构成上有所不同，仅要求“经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品”，在合同类型上，限定为销售商品，即买卖合同，并不包括服务。商品概念广泛，包括动产与不动产，而网络、电视、电话、邮购等方式是指消费者与经营者没有身体上同时出现的情况下谈判、签订合同之情形¹⁹。德国相关法上，还进一步要求“消费者与经营者仅使用远程通信手段订立货物供应或服务（包括金融服务）合同”这一要件（《德国民法典》第 312b 条）。这意味着，撤回权仅适用于合同订立是在为了远程交易而组织的运营或服务体系框架内进行的。例如，甲卧病在床，打电话给药店，称急需药物，请求帮助送到家里，药店店员通常不会接受电话订购，但可怜甲病重，于是同意送药上门。如果对于药店偶然的通过电话的卖药行为，适用《消费者权益保护法》第 25 条，显然不公平²⁰。

19 Brox/Walker, Schuldrecht AT, 37 Aufl., § 19, Rn. 15.

20 Rütters/Stadtler, BGB AT, 2009, § 22, Rn. 20.

《消费者权益保护法》将消费者撤回权限定于“网络、电视、电话、邮售等方式销售商品”的思路是正确的，只有能够推定消费者的意思形成受到妨碍的特定情形或者合同类型下，方有规定消费者撤回权之理由。但仅将“退货权”的法定情况限于买卖合同情况则无合理根据，在利益状况下，尤其在上门交易以及远程交易情况下，商品提供与服务提供并不会带来实质差别，构成意思形成障碍的是上门交易以及远程交易这种销售模式本身。

《德国民法典》第 312b 条的规定包含了货物供应和服务（包括金融服务）合同。其中货物指的是动产，而服务包括任何指向行为的合同，如劳务合同、承揽合同、游戏合同以及有偿的事务管理。欧盟 2011/83/EU 指令中，将关于不动产或其权利的转让，或此类不动产或其权利的设立或取得，关于新建筑物的建设或对现有建筑物的重大修缮措施，以及关于住宅租赁的合同排除在外；运输服务中人员运输不属于指令的适用范围，在商品运输及机动车出租方面，消费者则受到指令中除撤回权之外的其他规定的保护；社会服务、健康服务、博彩业被排除在指令之外；由于欧盟已经在消费者金融服务、一揽子旅游、部分时段使用权合同的法律中，制定了消费者保护的规定，因此，上述交易类型也被排除在指令之外²¹。

2.2 排除适用情况

《消费者权益保护法》第 25 条就将消费者定做的²²、鲜活易腐的²³、在线下载或者消费者拆封的音像制品和计算机软件等数字化商品²⁴、交付的报纸和期刊²⁵

21 参见欧盟 2011/83/EU 指令鉴于规定部分第 26-32 项。另外该指令第 3 条第 3 款中还将“通过使用自动售货机或自动营业场所而订立的合同”等类型排除在外。参见《欧盟消费者权利指令》(2011/83/EU)，张学哲译，载《中德私法研究》总第 9 卷（2013），第 185-186 页。本文以下引用欧盟 2011/83/EU 指令均采此译本。

22 相同或类似的规定参见欧盟 2011/83/EU 指令第 16 条第 3 款。

23 相同或类似的规定参见欧盟 2011/83/EU 指令第 16 条第 4 款。

24 相同或类似的规定参见欧盟 2011/83/EU 指令第 16 条第 9 款。

25 相同或类似的规定参见欧盟 2011/83/EU 指令第 16 条第 10 款。这里“交付的”应当理解为与“以这些出版物为对象的长期预定合同”相对应。

以及其他根据商品性质并经消费者在购买时确认不宜退货的商品排除在撤回权制度之外。在实践中,由于对哪些“其他”商品能够排除适用无理由退货存在争议,有些经营者对不适用无理由退货的商品类型进行扩大解释,在结果上架空了《消费者权益保护法》无理由退货制度。

根据商品的性质以及消费者明示²⁶放弃撤回权来判断撤回权的例外,在比较法上有相同的实践,值得赞同。但仅就《消费者权益保护法》第25条第2款这一概括性兜底规定而言,似乎并没有为我们提供一个全面的判断标准或清晰的边界。根据《网络购买商品七日无理由退货指引(征求意见稿)》第8条的规定²⁷,“拆封后因人身安全或者生命健康原因不宜退货的商品:包括食品、药品、保健品、化妆品、贴身用品”、“一经激活或试用后价值贬损较大的商品:包括产生授权或者激活信息的手机、电脑、数码产品”、“已经在线交付的充值类商品:包括手机充值卡、游戏点卡”以及“特价清仓商品,包括即将到保质期的商品、包装破损或者有瑕疵的商品”,经消费者在购买时确认的,可以不适用七日无理由退货规定。如此一来,虽然对《消费者权益保护法》第25条第2款的规定进一步细化,但仍不能解决全部问题,例如,第25条第2款采取“商品性质”加“消费者确认不宜退货”的并列条件使得诸如“商品的价格取决于金融市场的波动,经营者对此没有影响力,并且价格在撤回权期限内可能出现波动”、“商品在发货后,基于其特质已与其他物品混合而无法分离”等情况不能纳入进来,而在这些场合下赋予消费者任意撤回权,对经营者的信赖利益以及法律的安定都构成一定程度的威胁。因此,《消费者权益保护法》第25条在规定撤回权之例外时,在利益衡量上应进一步考虑经营者信赖严守合同的利益,避免在一些情况下消费者撤回权的滥用。

26 国家工商总局发布的《网络购买商品七日无理由退货指引(征求意见稿)》第24条规定了不适用无理由退货商品情况下“一对一”确认程序,赋予经营者明确提示消费者的义务,有利于保证消费者的权益。下载于 http://www.gov.cn/xinwen/2016-02/05/content_5039676.html, 登录时间 2016 年 5 月 5 日。

27 2015 年,《国务院关于大力发展电子商务加快培育经济新动力的意见》(国发〔2015〕24 号)明确提出由工商总局负责研究制定七日无理由退货实施细则。

2.3 商品完好的要件

《消费者权益保护法》第 25 条第 3 款规定，消费者退货的商品应当完好。这一要件也大大阻碍了撤回权的适用。而且，这一要件是违反撤回权规定之规范目的的，撤回权之赋予，旨在保护消费者真正能意思自决，商品是否完好，都不能决定是否赋予消费者意思自决。进一步讲，对于商品不完好的情况，完全可以通过损害赔偿制度解决。规定了商品完好这一要件，唯一带来的结果就是确认上的麻烦，最终带来无穷的纠纷。根据《网络购买商品七日无理由退货指引（征求意见稿）》第 9 条的规定，商品完好是指商品本身、配件及附带的防伪标识、商标吊牌、商品合格证、使用说明书等齐全。储值卡（券）类商品完好是指卡（券）内金额未减少。消费者基于查验需要而打开商品包装，或者为确认商品的品质、功能而进行合理、适当的试用不影响商品完好。同时，第 10 条根据不同行业经营特点和不同类别商品特性，明确了“商品不完好”的判定标准。

3. 撤回权告知义务

《消费者权益保护法》第 25 条规定，消费者有权自收到商品之日起 7 日内退货。撤回期间的起算点仅以收到货物开始起算，而且，这里的 7 日并非仅指工作日，最为麻烦的是，并没有规定经营者的告知义务。

3.1 撤回期间

在立法者确定的法定情形或者法定合同类型下，消费者的意思形成被推定受到了妨碍。在逻辑上，该妨碍被排除后，消费者即应受其意思表示约束，那么如何判断消费者的意思不再受到妨碍呢？在立法技术上，特别规定了撤回期间，以便使消费者真正地进行考虑并形成意思，并达到事前救济消费者的功效。也就是说，撤回权期间规则的规范目的在于给予“消费者修正自己意思表示进行考虑是否选择订立合同”一个期间。

根据《消费者权益保护法》第 25 条，撤回期间的起算点仅以收到货物开始

起算。而根据撤回期间的规范目的,即使消费者具备真正形成意思的能力,如若不设定经营者告知撤回权的义务,消费者可能并未意识到自己的权利状况。所以,以收到货物为起算点并不科学,而且,在提供服务或者信贷合同情况下,并无收到货物这一时点。

根据欧盟最新的 2011/83/EU 指令第 3 章第 9 条的规定,消费者拥有一个 14 工作日的期限,在此期限内,他可以在不必告知理由的情况下,撤回其所签订的远程销售合同或是在营业场所外订立的合同。期间起算点是货物到达消费者之时,而且在消费者被告知撤回权相关信息的情况下,才开始起算。在提供服务的情况下,起算点或者是合同订立之时,或者是服务提供者履行信息义务之时²⁸。

在德国法上,撤回期间为两周,自经营者履行撤回权告知义务之后并且货物到达消费者之处时开始起算。起算撤回期间起算后,消费者才能在没有精神压力的情况下思考是订立合同还是行使撤回权²⁹。

3.2 告知义务

撤回期间制度功能发挥的前提是消费者知道其享有撤回权以及如何行使撤回权,故欧盟指令以及德国法上都规定了告知义务。

考虑到我国《消费者权益保护法》中虽已确立了一般性的经营者信息义务规则,但并没有像欧盟 2011/83/EU 指令第 6 条那样明确经营者告知消费者撤回权的具体义务及履行方式,加上《消费者权益保护法》第 25 条规定的撤回期间较短,应当认为第 25 条规定的“消费者收到商品之日起”只是针对经营者已告知消费者撤回权的情况而设³⁰,相当于欧盟 2011/83/EU 指令第 9 条第 2 款。而当经营者未

28 Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl., 2003, S. 592.

29 Reiner, Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärung, AcP 2003, S. 10. 《德国民法典》第 355 条第 2 款。参见莱茵哈德·齐默曼著:《德国新债法——历史与比较的视角》,韩光明译,法律出版社,2012 年第 1 版,第 301 页。

30 根据欧盟 2011/83/EU 指令第 6 条第 4 款的规定,只要经营者正确填写撤回权告知信息表并交给消费者,即视为经营者履行了撤回权告知义务。

告知撤回权时应相应地调整撤回期间的起算点和撤回权消灭的时间³¹。做这种解释的原因在于，对消费者撤回权而言，较短的撤回期间似乎不那么具有实践意义，但如果考虑到撤回期间的起算点是从经营者履行告知义务后起算的，就会发现上述问题的实践意义是很大的。

在实践中，经营者有提供退货地址的义务，否则，只要消费者申请退货，即在行使撤回权³²。最近，国家工商总局发布的《网络购买商品七日无理由退货指引（征求意见稿）》第6条规定了电子商务经营者应向消费者明确告知其购买商品时享有七日无理由退货权利。

长远来看，《消费者权益保护法》应明确经营者告知撤回权的义务，使消费者清楚自己的权利状况，并将撤回期间的起算与经营者信息义务的履行挂钩。当经营者始终未履行撤回权告知义务时，应设置法定的撤回权终止期间以稳定法律关系、保护交易安全。此外，针对“收到商品之日”应采取灵活的解释，如果消费者一次订购数个商品，并且这些商品分别发货，则撤回期间自消费者实际占有最后一个货物时起算；分期分批发货时，撤回期间自消费者实际占有最后一批或一期商品时起算等³³。

在远程销售情况下，撤回权期间的起算还与其他信息义务的履行以及货物是否到达受领人有关，期间的开始不得早于其他信息义务履行³⁴以及货物到达受领人之时（《德国民法典》第312c条第2款、第312d条第2款、第312e条第3款第2句）。消费者即使获得了相关信息，消费者的撤回权亦不立即消失，因为

31 欧盟2011/83/EU指令第10条的做法是，在经营者不履行告知义务或者告知义务不适当的情况下，撤回权期限为12个月（第1款）。经营者事后方履行撤回权告知义务的，撤回期限自消费者获知这些信息之日起14天后终止。

32 “章海涛与广州晶东贸易有限公司买卖合同纠纷案”，2014年深罗法民一初字第2633号。

33 参见欧盟2011/83/EU指令第9条第2款第2项。

34 针对信息不对称的情况，德国法规定了经营者的信息提供义务。对于合同标的的重要细节要提供信息，如果经营者没有提供相关信息给消费者，或者导致消费者意思表示无效，或者撤回期间不起算。

消费者被告知相关信息后仍需消化这些信息，并与同类产品进行比较³⁵。

3.3 告知义务的内容

对于告知义务，法律要求比较严格，除要求必须以书面做出外，尚须明确告知撤回权的行使、行使相对人、期限开始起算时点以及消费者的权利³⁶。在德国实践中，纠纷最多的就是经营者是否正当地履行了撤回权告知义务的问题。

《网络购买商品七日无理由退货指引（征求意见稿）》第 14 条第 1 款规定：“经营者未告知消费者真实、准确的退货地址、退货联系人及有效的联系方式的，七日期间自电子商务经营者正式告知消费者的次日起计算。”

在德国法上，如果经营者事后方履行撤回权告知之义务，则撤回期限为 1 个月，如果经营者没有履行撤回权告知义务或者货物没有到达，则撤回期限为 6 个月（《德国民法典》第 355 条第 2 款、第 3 款）。与撤回权期间关联的并非经营者的意思表示的做出，而是消费者意思表示的做出³⁷。《网络购买商品七日无理由退货指引（征求意见稿）》第 14 条第 2 款规定，未告知的，七日期间自电子商务经营者正式告知消费者的次日起计算。

3.4 不告知的后果

撤回权期间一般都比较短，德国法上为 14 天，如此短的期间，消费者撤回权理论问题似乎不那么有实践意义，但是如果考虑撤回权期间的起算点是从经营者履行告知义务之后起算，就会发现上述问题的实践意义是很大的。在经营者不履行告知义务或者告知不适当的情况下，德国的撤回权期限为 6 个月，而根据欧盟指令则为无期限，二者产生了冲突，2002 年，德国这一规则被认为是

35 Reiner, Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärung, AcP 2003, S. 10.

36 BGH NJW 2007, 1946, Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 20. Aufl., Rn. 600.

37 Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 20. Aufl., Rn. 599.

违反欧洲法的，被迫予以修改³⁸。如此一来，消费者撤回权的实践意义更大了。

4. 返还及其费用的问题

最后，阻碍撤回权适用的问题还有返还及其费用承担的问题，根据消费者权益保护法，退回商品所产生的运费依法由消费者承担。

全国人大法工委在对《消费者权益保护法修正案（草案）》的说明中指出，新修订的《消费者权益保护法》第 25 条本质上规定了“消费者在适当期间单方解除合同的权利”³⁹。根据该表述，撤回权的实质是解除权。撤回权的行使对于消费者表示的效力并不产生影响，但对于基于消费者意思而订立的合同的效力会受影响。也就是说，保护消费者免受合同效力约束而非其意思表示约束。通过撤回权，废止的是基于合同产生的义务以及已经进行的给付需要返还。其法律效果是典型的合同解除的法律效果⁴⁰。

4.1 返还

消费者行使撤回权后，其法律效果类似解除权的法律效果，合同关系转化为返还关系。已经履行的，双方均负有返还义务，二者形成同时履行关系。《消费者权益保护法》第 25 条明确规定，消费者负有退货的义务，经营者应当自收到退回商品之日起七日内返还消费者支付的商品价款。

4.2 费用承担

根据《消费者权益保护法》第 25 条，退回商品的运费由消费者承担；经营者和消费者另有约定的，按照约定。

对于货物寄回的风险负担，法律上并没有明确规定，从消费者负有寄回义

38 EuGH NJW 2002, 281, in Brox/Walker, Schuldrecht AT, 37. Aufl., § 19, Rn. 28.

39 参见李适时：《关于中华人民共和国消费者权益保护法修正案〈草案〉的说明》，全国人大法工委。

40 Leenen, BGB AT: Rechtsgeschäftslehre, 2011, § 7, Rn. 8. ff.

务的解释出发，其应承担货物寄回的风险。

上述规则对于消费者并不利，会大大限制消费者行使撤回权的可能性。

在德国法上，在消费者仅负有寄回义务的情况下，其费用原则上由经营者承担（《德国民法典》第 357 条第 2 款）。在消费者行使撤回权返还从经营者处获得的商品时，由经营者承担货物毁损灭失的风险。

4.3 货物毁损灭失情况下的价值赔偿

《消费者权益保护法》第 25 条第 2 款第 1 句规定，消费者退货的商品应当完好。在《消费者权益保护法修改征求意见稿》中，但书部分曾经规定：但影响商品再次销售的除外，即消费者不得行使撤回权，其目的固然在于平衡经营者与消费者之间的利益，但如此规定，大大限缩了消费者撤回权适用范围。

在法律效果上，德国立法者决定适用解除权的法律效果，也就是说，意思表示或合同被撤回后，合同关系转化为清算关系（Abwicklungsverhaeltnis）。当事人原则上相互返还受领的给付；在不能返还等情况下，得进行价值赔偿；特定情况下，解除权人的价值赔偿义务得被免除；其用益以及费用，通常也得返还。

由于利益状况不同，消费者撤回权的法律效果也有很多不同于解除权法律效果之处。

远程交易购买的商品，常会发生毁损，如购买新汽车一上牌照即会贬损价值，购买水床垫，灌水、使用，撤回合同后，经营者无法再卖出。根据解除权法律效果规则，消费者对于合理使用而产生的价值减损，无须承担价值赔偿责任。但这样对于经营者不公，因为在法定解除情况下，解除原因往往可归责出卖人，即经营者；而在撤回权情况下，则往往不可归责出卖人。另外，买方往往可能在不使标的物价值贬损的情况下，检验标的物⁴¹。故此，德国 2011 年 7 月 27 日修改《德国民法典》第 357 条第 3 款第 1 句，消费者对于合理使用而产

41 Looschelders, Schuldrecht, AT, § 43, Rn. 865.

生的价值减损，亦须承担价值赔偿责任，但经营者必须在签订合同时就以书面形式告知该法律效果，而且要明示避免价值减少的可能性。对此规则还存在一个例外，即如果价值减少是因为检验货物而造成的，消费者不负赔偿责任。

根据解除权规则，解除权人须返还其收取的用益，甚至须返还在违反正常的经营规则而没有收取，而且返还义务人是可能收取的用益。但该规则与消费者撤回权规范目的不符，按照撤回权的规范目的，消费者只承担直接的寄回费用，赋予消费者用益返还义务，会贬损撤回权的价值。故此，德国法特别规定了远程交易情况下的用益返还规则。消费者仅赔偿超出检验货物特性与功能方式以外的用益（第312e条第1款第1项第1种情况），而且要求经营者事先告知该法律效果，并告知撤回权或者通过其他方式得知撤回权。例如，试穿衣服的情况下，消费者并无赔偿用益义务，但如果连穿3天上班，则存在用益赔偿义务。对于没有收取的用益，消费者并无返还或赔偿义务⁴²。

在德国法上，如果给付标的在解除权人处灭失、毁损的，而该解除权人（返还债务人）尽到了自己事务中通常的注意，即可免除价值补偿义务（《德国民法典》第346条第3款第1项第3种情况），这就意味着返还债务人不承担意外毁损灭失的风险，也不承担因轻过失而造成的毁损。该规则不适用于撤回权之情况，如果经营者依法告知其撤回权或者消费者另行知道的，消费者要承担过失乃至意外毁损的损害赔偿责任。其原因在于，撤回权并不以经营者义务违反为构成前提，而且在消费者被告知撤回权的情况下，并无理由信赖其可以最终保有该标的物⁴³。但对于消费者承担标的物意外灭失风险的法律效果，也有不同意见，因为这会损害撤回权的效果与效力，尤其是撤回权的构成不以经营者的义务违反为前提⁴⁴。所以如果经营者没有依法告知撤回权，消费者仅就其故意或者重大过失承担损害赔偿责任。

42 Looschelders, Schuldrecht, AT, § 43, Rn. 867.

43 Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, 20. Aufl., Rn. 604.

44 Looschelders, Schuldrecht, AT, § 43, Rn. 868.

4.4 其他法律效果的排除

基于消费者保护的目，的，《消费者权益保护法》第 25 条排除了经营者对消费者的其他请求权，但消费者对经营者的损害赔偿请求权不受影响。而在消费者故意悖俗侵害经营者的情况下，则消费者不值得保护，经营者对消费者有损害赔偿请求权。

5. 结语

撤回权制度是保护消费者权益的最有效工具之一，面对电子交易中意思决定不自由的问题，应当发挥其固有的功能，而目前的撤回权规则在行使前提、行使程序以及效果上存在明显的缺陷，甚至是违背该制度功能的设置。应明确其适用领域不限于买卖，界定不适用的范围，废除商品完好的适用前提；在行使程序上，最为重要的是增加电商的告知义务；在法律效果上，修改规则，明确由经营者承担费用。好的制度，不能自己束缚自己，不能自废武功，否则，花费的不仅是高昂的立法成本，而且会导致纠纷增多，导致投诉与诉讼的成本增多。

03 我国互联网领域的竞争问题及 法律规制现状分析

李慧颖

工业和信息化部电子知识产权中心副主任 博士

随着互联网产业的快速发展，互联网领域的竞争问题越来越成为政府和社会关注的热点和焦点问题。该领域的相关竞争法律问题主要涉及反垄断与反不正当竞争两方面。

1. 互联网领域的反垄断问题

1.1 我国互联网领域反垄断案件概况

随着我国互联网经济的快速发展，互联网领域内相关垄断纠纷案件时有发生。但迄今为止，我国尚没有一家互联网公司的行为被司法、执法机构认定为垄断行为。

奇虎 360 公司诉腾讯公司滥用市场支配地位案被称为“互联网反垄断第一案”，是互联网行业在全国有重大影响的反垄断纠纷案件，也是《反垄断法》实施以来，最高人民法院审理的首例互联网反垄断案件，引发了政府、行业和法律界各方的高度关注。本案中，奇虎 360 公司起诉腾讯公司滥用市场支配地位，排除、妨碍竞争。2010 年 11 月 3 日，腾讯公司发布《致广大 QQ 用户的一封信》，

明示禁止其用户使用奇虎公司的 360 软件，否则停止 QQ 软件服务；拒绝向安装有 360 软件的用户提供相关的软件服务，强制用户删除 360 软件；采取技术手段，阻止安装 360 浏览器的用户访问 QQ 空间。奇虎 360 公司认为，腾讯公司的上述“二选一”行为构成限制交易。经审理，最高人民法院认为，现有证据不足以支持腾讯公司具有市场支配地位的结论。针对腾讯公司实施的“二选一”产品不兼容行为，法院认为，腾讯公司实施的“产品不兼容”行为虽然对用户造成了不便，但是未导致排除或者限制竞争的明显效果，因此，不构成滥用市场支配地位行为。

在移动安全领域，米时公司诉奇虎 360 公司滥用市场支配地位案具有典型意义。本案中，原告米时公司开发了“易米片”和“米洽”两款手机应用软件。米时公司表示，用户在使用这两款软件时，会遇到“360 手机卫士”的拦截。米时公司认为“360 手机卫士”的行为构成垄断。经过审理，法院最终认定，米时公司提供的证据不能证明奇虎 360 公司在相关市场具有市场支配地位，故不能认定奇虎 360 公司的行为构成《反垄断法》所禁止的滥用市场支配地位的行为。

在搜索引擎领域，早在 2009 年就出现了反垄断纠纷。2009 年 12 月，北京市第一中级人民法院公开宣判了原告唐山人人公司诉被告北京百度公司垄断纠纷案。人人公司是一家从事医药信息咨询服务的公司，其诉称，由于其降低了对百度搜索竞价排名的投入，百度公司即对其所经营的全民医药网在自然排名结果中进行了全面屏蔽，从而导致全民医药网访问量大幅度降低。而百度公司对其网站进行屏蔽的行为，构成滥用市场支配地位强迫其进行竞价排名交易的行为。经过审理，法院认为，人人公司提供的证据不足以证明百度公司获得了市场支配地位。最终，法院驳回了原告的诉讼请求。

除了上述典型的进入诉讼程序的案件之外，阿里巴巴集团公司、百度公司等国内互联网巨头都遭受了竞争对手或用户的指责或举报，指控这些公司滥用市场支配地位，打击、排除市场竞争。有关反垄断问题业已引起了反垄断执法部门和行业管理部门的高度关注。

1.2 国外互联网领域主要反垄断案件概况

在国外，互联网领域的反垄断诉讼案件和执法案件也有增多趋势，一些互联网巨头公司成为欧美反垄断执法机构重点关注的对象。

在互联网反垄断执法层面，欧盟委员会自2010年11月开始对谷歌展开正式反垄断调查。欧盟委员会指出，谷歌在欧洲经济体（EEA）内具有市场支配地位。谷歌可能在其搜索结果中突出显示自有垂直搜索服务，把竞争者的垂直搜索服务的流量过度地导向自有搜索服务，从而排除、限制竞争。针对调查，自2012年7月始，欧盟与谷歌展开了多次和解谈判，但至今，谷歌提出的和解方案仍未被欧盟委员会接受。目前，欧盟对谷歌的调查仍在进行中。

2013年1月3日，美国联邦贸易委员会完成了对谷歌的反垄断调查。委员会认为证据整体上表明，尽管谷歌在其搜索结果页面偏向自有内容，并且有选择地在结果中减少竞争者内容，但谷歌所采用的算法设计整体上提升了搜索结果的质量，任何对实际或潜在竞争者的影响只是附属于提升搜索质量这一主要目的。最终认定谷歌的行为不违反反垄断法。

在司法诉讼层面，KinderStart 诉 Google 案、Langdon 诉 Google/Yahoo/Microsoft 案，Sambreel/Yontoo/Theme Your World 诉 Facebook 案都是涉及互联网的典型反垄断案件。这些案件中，由于原告没有精确地界定相关市场，或者没有证明被告具有市场支配地位，或者未提供充分的证据证明被告的行为实质性地损害了竞争，原告都以败诉而告终。

1.3 互联网领域反垄断法适用困难的原因分析

综观国内外互联网领域的反垄断案件，可以看出，其中所涉及的行为难以被认定为垄断行为。业界一直关注的欧盟对谷歌反垄断调查案目前仍在调查阶段，历经长达五年的调查后，至今尚未得出确定的结论。这主要是因为：

其一，由于《反垄断法》形成于实体经济时代，而互联网行业作为新经济的一种，区别于传统行业，具有动态竞争、创新竞争、跨界竞争等特点，这使得反垄断法在互联网领域的适用面临着不小的困难和挑战。虽然司法、执法机

关已经认识到了互联网经济的特殊性，但相关市场、市场支配地位的认定、竞争效果的评估及相关证明等许多问题仍处于理论探索阶段，尚缺少足够的实践验证。理论界对新出现的“注意力经济”、“平台经济”等新的经济学理论也没有达成共识，其实践应用性也有待考证。

其二，互联网行业的特性使得具体案件中的取证问题较为困难。垄断行为的判定需要大量的证据和深入论证工作，在缺少充分的调查取证、证据准备及分析研究的基础上，原告通常无法成功地证明被告所实施的行为构成垄断行为。

如何在推进互联网行业发展的同时，又能保持良好的行业竞争秩序，成为当前摆在政府面前亟须解决的重要课题。

2. 互联网领域的反不正当竞争问题

我国互联网领域的竞争问题更多集中在反不正当竞争领域。国内互联网市场竞争的异常激烈，导致了大量不正当竞争案件和纠纷的出现。

2.1 我国互联网领域的不正当竞争现象

我国互联网领域的不正当竞争现象几乎遍及网页、普通软件、安全软件、即时通信、电子商务、游戏、浏览器、数据库、搜索引擎、输入法、内容聚合平台等各个领域。知名互联网企业如百度、腾讯、搜狐、新浪、金山、瑞星、360、今日头条都牵涉其中。相关纠纷涉及的不正当竞争行为更是层出不穷、花样翻新。

我国近年来典型的不正当竞争案件如百度公司与奇虎公司关于“Robots 协议”、“插标”纠纷案；奇虎公司与腾讯公司之间的“隐私保护器”、“扣扣保镖”纠纷案；优酷网与金山猎豹浏览器“广告屏蔽”纠纷案；搜狐公司与 360 公司“恶意拦截搜狗浏览器默认设置”纠纷案、搜狐与“今日头条”新闻侵权与不正当竞争纠纷案，等等。

这些纠纷的发生，一方面，反映出在激烈的市场竞争中互联网企业试图通

过竞争行为试探其行为的法律边界；另一方面，实践中大量出现的新型互联网不正当竞争行为，如流量劫持、干扰和屏蔽等行为，在《反不正当竞争法》中找不到直接对应的立法规定。互联网领域的不正当竞争问题越来越成为新时期我国法律面临的重要难题。

2.2 我国互联网不正当竞争行为法律规制现状

2.2.1 立法相对滞后

《反不正当竞争法》是我国规制不正当竞争行为的最主要法律。由于互联网技术的特性和行业发展的特点，出现了大量在网络环境下孳生的新型不正当竞争行为，如流量劫持、屏蔽广告等。这些新型的不正当竞争行为游离于《反不正当竞争法》所明确规定的十一类行为之外，无法进行归类，导致《反不正当竞争法》的执法机关——主要为工商行政管理部门——无法依据法律对相关的不正当竞争行为予以规制，因此影响了有效执法。

此外，兜底条款的缺失也是造成《反不正当竞争法》适用困境的重要原因。作为一种立法技术，兜底条款是指在列举式规定中为弥补和克服因立法者认识能力有限可能导致的列举项不全，在末尾追加一个“其他”项，以使该规定的覆盖范围更周密的做法。由于《反不正当竞争法》缺少兜底条款，作为执法机构的工商部门在没有明确法律规定的情况下，无法对新型不正当竞争行为进行认定和查处，给执法机关在处理互联网条件下新型不正当竞争行为提出了挑战。

2.2.2 司法探索先行

由于《反不正当竞争法》的相对滞后性，司法机关利用司法解释权，借助《反不正当竞争法》第二条规定，即通称的“一般条款”，对大量新型互联网不正当竞争案件进行了审理。许多司法判例在一些法律问题上进行了积极探索与尝试，成为解决相关案件的典型判例。但是由于一般条款规定的模糊性，不同法院在相似案件上做出了不同的判决，一些案件的判决也有待商榷，甚至引发了争议。这都体现了互联网领域的竞争对法律提出的挑战和引发的争鸣。

2.2.3 部门规章提供了补充规定

面对立法的滞后性，一些行政部门的规章率先针对互联网领域的不正当竞争现象做出了回应。2011年年底，工业和信息化部出台的《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》对互联网竞争行为做了较为全面、细致的规定，明确列举了诸多互联网领域特有的不正当竞争行为，在很大程度上弥补了互联网竞争立法的空白。除此之外，国家工商总局颁布的《网络交易管理办法》等部门规章对当前互联网领域的一些不正当竞争行为也做了禁止性规定。这些部门规章一定程度上弥补了《反不正当竞争法》规定的滞后性。

2.2.4 立法层级和立法技术具有局限性

虽然《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》、《网络交易管理办法》等部门规章对当前互联网领域的一些不正当竞争行为做了禁止性规定，但是，由于这些部门规章的立法层级较低，对法院而言仅具有参考的效力。

并且，鉴于立法技术本身的局限性，这些部门规章中的一些规定，诸如“恶意”、“无正当理由”等，仍然需要执法机关或法院针对不同的个案予以具体的认定和适用，从而使得法律的确定性降低，增加了判断互联网领域某一行为正当与否的难度。

3. 意见和建议

针对互联网领域存在的竞争问题，我们提出如下意见和建议。

3.1 加强和完善反不正当竞争立法

由于《反不正当竞争法》所列举的不正当竞争类型无法涵盖实践中所出现的行为类型，因此，建议相关立法部门积极开展并推动互联网反不正当竞争立法工作。对实践中常见的或已经基本达成共识的互联网不正当竞争行为通过立法的形式予以禁止，实现对不正当竞争行为的有效规制。

其一，互联网竞争的形势不断变化，新情况、新问题层出不穷，为保持上位法、一般法的稳定性和体系性的需要，不宜在《反不正当竞争法》中具体列举互联网不正当竞争行为，而应通过特别法、下位法（行政法规、部门规章、司法解释）等多种位阶的立法来规定互联网不正当竞争行为的具体类型、态样及其构成要件，从而增强行政执法和司法适用法律的可操作性和预期性。

其二，在修订《反不正当竞争法》时，应设置不正当竞争行为类型的兜底条款，以便为日后行政机关运用行政执法权认定新型互联网不正当竞争的行为类型提供法律依据。

其三，互联网反不正当竞争立法过程中，尤其应注意不同位阶、不同部门立法之间的协调性和统一性，尽量避免规定标准不统一、尺度不一致等情况的出现，以实现互联网反不正当竞争立法的体系统一和有机协调。

3.2 加强和完善《反不正当竞争法》一般条款的运用

鉴于一般条款适用的模糊性和不确定性，建议在适用一般条款对竞争行为性质进行认定时，多根据行为的效果进行判断，尽量减少主观判断的模糊性和概括性。通过更加客观的认定标准和更加全面的考量因素，在遵守法律规定的基础上，使认定和判断更加贴合互联网行业特点和发展规律。同时，综合运用道德评价、比例原则、竞争效果评估等方法，从多个角度对竞争行为的正当性进行检验，以增强判断结果的合理性和说服力。

3.3 密切关注互联网竞争行为，正确处理干预和市场的关系

一方面，互联网领域内垄断争议不断增多，不正当竞争现象频发。一些细分领域的市场已经较为集中且这种趋势仍在加强，垄断争议案件开始出现并不断增多，不正当竞争行为频发，破坏了公平的市场竞争秩序和正当的消费者利益。对此，相关政府部门应当予以积极关注，密切跟踪。对于认定构成垄断和不正当竞争的，可依职权依法进行查处。

另一方面，网络的开放性与“互联网+”背景下经济的蓬勃发展，使得互联

网公司的利益分布点更加广泛，利益冲突成为发展的新常态。而竞争的压力可以更好地促进创新，提升消费者的福祉，促进经济的发展进步。因此，政府对商业创新应当秉承谨慎干预、适度谦抑的态度，对企业竞争行为的干预应维持在促进市场公平竞争的必要限度内，在处理涉及互联网垄断或不正当竞争的案件中，妥善平衡“行为自由”与“权益保护”之间的关系，在维护正当竞争秩序的前提下，为商业和技术创新留下必要的空间。

3.4 研究《反垄断法》适用的创新分析方法和方式

互联网对《反垄断法》的具体适用造成了诸多挑战，有些分析思路和方法可能并不能直接运用于互联网。因此，建议在遵循《反垄断法》规定和基本法理的基础上，积极探索新的方式和方法，研究反垄断创新分析方法和方式的运用。

例如，可以考虑直接从市场行为造成实际或者可能的影响角度来评估相关行为是不是违法。在互联网领域，如果有可能直接获得市场支配力的证据，或者从市场行为中推断市场竞争可能具有的积极或者消极的影响，这时就可以跳跃相关市场的界定环节。再如，更加侧重客观化效果导向的分析进路。以经济效果作为判断行为是不是合法的标准，在反垄断案件分析中，更多地考虑行为的性质、对实际或者潜在竞争的影响，并以此作为判断和识别某行为合法或非法的标准。另外，可以在收集更多经济证据的基础之上，借助经济分析，帮助做出某一行为合法或非法的判断。

04 体育赛事网络转播画面的知识产权保护

林子英

北京市朝阳区人民法院知识产权庭庭长

全国审判业务专家

最高人民法院知识产权司法保护研究中心研究员

随着体育赛事转播产业的迅猛发展，涉及体育赛事节目的纠纷在不断地出现，在执法上存在不同的认识，其法律保护问题成为理论界、司法界、产业界关注的焦点。

1. 概念、产业现状与保护意义

1.1 体育赛事与体育赛事转播画面

本文所述的体育赛事，是指由专业体育机构组织或举办的各种大型综合运动会、热门项目的职业化联赛、各项目的商业性比赛和各种以获取经济收益为目的的体育比赛和体育表演。商业性是体育赛事的一大特点。普通大众或教育机构单纯为娱乐健身或教学活动而进行的体育比赛及活动不属于本文所讨论体育赛事的范畴。

体育赛事转播画面，是对正在进行的体育赛事进行录制，且进行剪切制作后呈现给电视观众及网络用户用于欣赏的画面（包括声音）。该画面内容包括回看、特写，场内、场外，全场、局部的画面，以及全场解说。为了叙述方便，以下均表述为赛事画面。这里，需要说明的是为什么没有使用“体育赛事节目”这种表达，是考虑这种表达可能会联想到“模式”这个概念¹。为了达到免除误解的作用，本文使用赛事画面进行表述。

赛事画面是以体育比赛为主要内容的图像和伴音的集合，可以通过电视、网络等媒体被观众欣赏。体育赛事画面按制作播出的实时性分为赛事直播、赛事录播、赛事集锦；按照媒体的传输方式分为有线电视、无线电视、卫星直播电视以及互联网视频、手机视频、IPTV 等新媒体方式。体育赛事画面有别于体育赛事本身。关于体育赛事本身因其过程与结果的偶然性，故不属于著作权或邻接权的客体，对此学界观点较为一致。本文要着重讨论的是体育赛事画面的著作权属性以及保护模式。体育赛事画面与节目信号二者既有联系亦有区别，对此将在下文详述。

1.2 产业现状及保护意义

1.2.1 经营模式

从销售视频流的内容上，大致分两种情形：一种是将制作后的图像、声音捆绑在一起进行销售；一种是仅销售图像，购买方配上自己的声音讲解进行播放。从销售的权利上分为直播、点播、录播、延播、回播。从转播媒介上分为门户网站、电视台、视频网站。从互联网播放形式上分为 PC 端、移动端（其又分为手机端、pad 端）。从场次分为普通场次、晋级场次、半决赛场次、决赛场次。

¹ 北京市高级人民法院民三庭在 2015 年 4 月 15 日出台的《北京市高级人民法院关于审理涉及综艺节目著作权纠纷案件若干问题的解答》1. 如何理解本《解答》中的综艺节目？答：本《解答》中的综艺节目，主要是指以娱乐性为主的综合性视听节目，包括但不限于婚恋交友类、才艺竞秀类、文艺汇演类等类型。综艺节目可以区分为现场综艺活动和综艺节目影像。本《解答》仅对综艺节目影像做出相关规定。10. 综艺节目模式是否受《著作权法》的保护？答：综艺节目模式是综艺节目创意、流程、规则、技术规定、主持风格等多种元素的综合体。综艺节目模式属于思想的，不受《著作权法》的保护。

以中超足球为例。从源头上看，权利归属于中国足协。中国足协授权中超公司进行授权。中超按照媒介不同进行分销：门户网站由其自行分销，电视、视频网站由其授权下属的体奥动力公司进行分销。中超公司将门户网站的播放权独家许可给新浪网²。

1.2.2 赢利方式

从目前来看，赛事的转播方用以赢利的方式有：① 直播、付费；② 广告收益，免费场次插播广告；③ 增值服务，针对球迷开发产品³。

1.2.3 产业的投入状况

体育赛事画面版权是体育产业市场化运作的核心权益，一贯受到行业内外的密切重视和严格保护。它是一项投资高、能够催生巨大经济价值的商业成果。每年在欧洲和美洲都有全球最大的体育节目版权交易盛会 SPORTEL。赛事转播权利是多数体育赛事组织最大的收入来源，以奥运会为例，其转播费收入占赛事全部总收入的 50% 以上⁴。以目前国内主流视频网站乐视、腾讯为例，其每年对于商业体育赛事转播的版权投入都以亿元计算。

1.2.4 产业的传播方式、途径

随着科技的发展，移动互联网技术的兴起使得体育赛事转播从原有的单一模式电视播放，发展到互联网上的播放；又从传统的互联网模式发展到移动互联网模式，使互联网的发展获得了新的渠道。

1.2.5 企业的需求

（1）赛事制作行业的态度。

体育赛事的转播，只有通过现场摄制、制作才能达到供观众、网民欣赏的

2 北京市朝阳区法院，（2015）朝民（知）初字第 40334 号。

3 参见 2015 年 5 月 12 日北京市朝阳区法院“体育赛事节目法律问题研讨会”会议纪要。

4 参见马晓刚：《赛事节目及直播法律保护研究》，2012 年广电总局法规司委托研究课题成果。

水平。而对这一过程，付出劳动的制作方，对其投入的心血所赋予的法律属性非常重视，认为：赛事节目（画面）显然是一个具有独创性的和可复制性的智力成果的表达，因此，它应该受著作权保护。它的表现都是由一系列有伴音伴映的画面组成，也可以借助适当方式传播，因此应当被当做作品保护⁵。

（2）产业界的态度⁶。

体育赛事的转播产业已形成规模，它们通过许可、授权获得播放赛事的网络权利，它们的投资又反过来推动了体育产业的发展。因此，它们对获得许可授权的赛事播放对应的权利属性尤为关注：

“体育赛事节目（画面）与一般作品区别在于时效性较强，主要靠直播。”“体育赛事节目（画面）已经内容大于形式，应当按照内容来保护。如果只是按照制品来保护，就要怀疑要不要这么大的投入来做这件事，法律保护的力度可以直接鼓励或者遏制这个行业的发展。”

针对依据《著作权法》还是《反不正当竞争法》保护的问题，有行业代表提出：“《反不正当竞争法》第5条至15条很难涵盖这个行业产生的纠纷；在主体上很难证明是竞争关系的经营者。尤其在出现了云技术，个人+云盘+播放器来侵权是可以实现的，但在个人行为的前提下很难证明有竞争关系，举证难度很大。所以依据《反不正当竞争法》保护力度不如《著作权法》强，权利人举证负担较重。”

2. 国际上对体育赛事转播的保护模式

2.1 英美法系国家

由于美国基本未做著作权与邻接权的区分，体育赛事大都以“视听作品”和“广播节目”得到著作权法的直接保护。美国1976年《国会报告》中对于

⁵ 同4。

⁶ 同4。

“即时制作和录制”的内容是否可获得版权的问题，给予了肯定的答案，并将其归入电影作品的行列：“当一场足球赛被四台电视摄像机覆盖，并且有导演指导四台摄像机的活动、选择将摄像机拍摄的哪些电子图像、以怎样的顺序呈现在观众面前时，毫无疑问这些摄像师和导演所从事的工作具有了‘可版权性’”。根据国会报告的论述，“（在此等比赛节目中）当被广播的图像和声音是首先录制后被传送的，被录制的作品应当被视为‘电影’，而当节目内容在即时向公众传送的同时被录制时，也应亦然”。该报告在此后美国篮球协会（NBA）诉摩托罗拉案、20世纪福克斯诉 iCraveTV 案、Live Nation Motor Inc. 诉 Robert Davis 案等案件中屡屡被援引。英国 1988 年颁布了《版权、设计和专利法案》，其中第一部分“版权”中规定作品的形态包括“录音、电影、广播和有线节目”⁷。在 2006 年欧洲足球联盟及天空电视台等诉 Keiteh Brisocmb 等案中，原告诉称被告未经授权转播原告组织和播出的欧洲足球冠军联赛，侵犯了原告在欧冠联赛节目中的版权。该案 Lindsay 法官判决指出，原告不仅仅对现场电视转播享有著作权，对其附属作品也享有著作权。“附属作品”定义为“UEFA 冠军联赛全球节目中统一采用的那些创造性元素，比如视频播放顺序、屏幕上的图案、标志和特别制作的音乐，包括节目内容表、短片剪辑、UEFA 星球标志和特制背景音乐、欧冠赛音乐等”。法院审查了一系列具体证据，这些证据体现出现场电视转播中包含了极其多样化的附属作品，法院最终判决被告侵权成立⁸。类似判决在加拿大关于冰球赛事直播节目、澳大利亚关于板球赛事直播的案件中都有体现。

2.2 大陆法系国家

在德国，所有的电视画面图像作为通过摄影及相似方法创作的作品均享有法律保护。此保护同样适用于在物理上还不存在、但通过接收器屏幕播放的第一次出现

7 参见马晓刚：《赛事节目及直播法律保护研究》，2012 年广电总局法规司委托研究课题成果。

8 宋海燕：论中国如何应对体育赛事转播的网络盗版问题[J].网络法律评论，北京大学出版社，2011 年版，第 222 页。

在人们眼前的图片，即所谓的现场直播⁹。在法国，对于广播组织通过广播组织权利保护“广播节目”，但对于节目制作者则通过视听节目和录像制作者权利进行保护。法国的视听作品包括电影作品以及“其他由连续画面组成的作品”，且保护“一切智力作品的著作权，而不问作品的体裁、表达形式、艺术价值或功能目的”。因此，法国知识产权法典中对于作品的要求是“独创性之有无”而非“独创性之多寡”。德国著作权法下有“录音制品者权利”的规定，但并无关于“录像制品者”的规定。对于“不作为电影著作保护的连续画面或者连续音像”能否对公众提供以及如何对公众提供方面，录像制作者的权利与电影作品制作者的权利是一致的。日本区分著作权和邻接权，但其并未如我国一样将“录像制作者”归入“著作邻接权”中，其仅认为录音制品制作者享有邻接权权利。在日本法下，只要能产生类似电影效果的视觉或听觉效果，即可归为电影作品而直接受到电影作品的保护。

3. 我国的保护现状及困境

3.1 立法空白

我国现行现有的法律框架下没有涉及对体育赛事转播的定性及规制的规定。具体到专门法，《著作权法》及相关实施条例、法律解释等均未对体育赛事转播进行过特别规定。涉及画面、声像的保护，在现行的《著作权法》保护体系中，有作品和制品两类保护对象。在作品上，反映为电影或以类似摄制电影的方式创作的作品（以下简称“类电作品”），权利人享有著作权；在制品上反映为录像制品，权利人享有邻接权。划分属于作品还是制品的唯一标准在于独创性的高低，但法律并未对该标准做进一步的规定，故二者界限并不清晰。

涉及网络转播（直播）行为，亦尚无具体法律明确规定。根据《著作权法》第10条第1款第（十一）项的规定，“广播权”指以无线方式公开广播或者传播作品，以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品，以及通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播的作品的权利。通

9 德国联邦最高法院，1962年2月27日—IZR118/60.

过该定义可以看出,广播权所规制的行为主要指以无线的方式广播或者传播作品,以及通过其他有线的方式传播广播的作品。但根据2001年全国人大法律委员会对修订《著作权法》报告的说明,通过互联网进行转播的行为并不包含在广播权所规制范围之列。“信息网络传播权”系2001年《著作权法》修改时新增加的概念。根据现行《著作权法》第10条第1款第(十二)项规定,信息网络传播权指以有线或者无线方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。由此定义可知“交互式”是信息网络传播权所控制的网络传播行为的核心特点。故对于公众无法选择观看时间的定时网络直播或转播行为,亦无法纳入信息网络传播权调整的范围。在邻接权方面,虽然《著作权法》第42条规定的录像制作者权利内容中使用了“通过信息网络向公众传播”的表述,但该表述亦系信息网络传播权的内容,同样仅调整“交互式”的网络传播行为。

3.2 司法审判执法不统一

虽然体育赛事转播的网络盗版愈演愈烈,但真正启动诉讼程序进行维权的案件并不多。我国法院目前受理的涉及体育赛事转播保护的相关案例数量较少,究其原因这是由于法律规定不明确,导致执法尺度不统一,主要问题反映在定性上。

从判决结果来看,主要处于个案把握、总结摸索阶段。

在体奥动力(北京)体育传播有限公司诉上海全土豆网络科技有限公司网络侵权上诉案中,“针对上诉人以物权作为其权利基础的主张”,法院认为,“因我国目前并无相关法律规定可以作为物权的客体,因此,上诉人主张的该项权利难以受到《物权法》的保护。而上诉人在二审中提出涉案视频为动产的主张,因动产为有体物,其具有一定的有形载体,从被上诉人网站上的涉案视频的性质和形态来看,其应属于电子文件而非有体物,故上诉人主张涉案视频为动产缺乏法律依据”,法院不予支持¹⁰。

¹⁰ 参见(2013)沪一中民五(知)终字第59号。

在北京我爱聊网络科技有限公司与央视国际网络有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷上诉一案中，法院认为，CCTV5 等涉案电视频道转播的体育竞赛节目非以展示文学艺术或科学美感为目标，亦不构成著作权法意义上的作品。同时，该判决还论述到：“通过互联网转播电视节目的行为未被纳入《著作权法》第 45 条的调整范围，上述条款调整的范围仅限于以无线方式、有线方式转播广播电台、电视台节目的行为，而未将广播组织权的保护范围扩展至互联网环境下。”“在《著作权法》及我国参加的相关国际条约均未将广播组织权的保护范围扩展至网络环境时，不能仅仅因为新技术的产生或发展给权利人带来新的挑战，就超越立法时的权利边界对我国著作权法体系中的广播组织权做扩大性解释。”“通过互联网转播中央电视台相关频道的节目内容，并不构成《著作权法》第 45 条所规定的‘转播’行为”¹¹。

在原告央视国际网络有限公司诉被告北京暴风科技股份有限公司侵害录音录像制作者权纠纷一案中，法院认为：“涉案电视节目系通过摄制者在比赛现场的拍摄，并通过技术手段融入解说、字幕、镜头回放或特写、配乐等内容，且经过信号传播至电视等终端设备上所展现的有伴音连续相关图像，可以被复制固定在载体上；同时，摄制者在拍摄过程中并非处于主导地位，其对于比赛进程的控制、拍摄内容的选择、解说内容的编排以及在机位设置、镜头选择、编导参与等方面，能够按照其意志做出的选择和表达非常有限，因此由国际足联拍摄、经央视制作播出的‘2014 巴西世界杯’赛事电视节目所体现的独创性，尚不足以达到构成我国《著作权法》所规定的以类似摄制电影的方法创作的作品的高度，但是符合我国《著作权法》关于录像制品的规定，应当认定为录像制品。”¹²

3.3 学理争议

学理上对体育赛事转播的性质及保护模式存有明显分歧。从著作权保护的

¹¹ 参见（2014）一中民终字第 3199 号。

¹² 法院，（2015）石民（知）初字第 752 号。

角度，大致可以分为“广播组织权说”、“制品说”、“作品说”。从法律调整的角度，又分为著作权法和反不正当竞争法两种学说。

3.3.1 从著作权保护的角度

(1) “广播组织权说”的意见是¹³：“从法律解释方法的角度看，如果赛事直播画面本身就是作品，可以直接用著作权保护，则广播组织权在大陆法系国家意义不大。”

“对体育赛事直播画面的保护，最终还是要靠广播组织权的完善。”

赛事转播内容就是广播组织的一个邻接权客体，从广播组织本身来说，播自己制作的节目，可能构成作品。但从整个广播电视组织在著作权法中的地位来说，只是一个邻接权地位。现在播出的是信号，保护的是信号，作品按著作权保护，但是赛事转播的内容节目应当按邻接权来保护客体。

(2) “制品说”，一些学者认为，赛事的制作没有达到类电作品的高度，应以制品来保护。

(3) “作品说”，这类观点比较集中的意见¹⁴：在录播的过程中存在可以固定的介质，除机械录制外，体育赛事摄制的复杂程度显然高于KTV，应当作为作品保护。司法中应坚守法律规定的独创性标准，借鉴电影和类电影作品的独创性标准判断。

从一个方面来看，体育赛事节目（画面）是否作为作品认定不在于是否使用各种机械，而在于其是否讲述了一个故事。从另一方面来看，体育赛事节目（画面）制作过程中的镜头切换、配音、字幕制作等，向观众呈现了不同的东西，从这个角度也可以构成独创性。

体育赛事节目（画面）性质属于作品，至于归为哪类作品，如何称呼并不

¹³ 同4。

¹⁴ 同4。

重要。

3.3.2 从法律调整的角度

从法律调整的角度看，分为著作权法和反不正当竞争法两种学说。有观点认为赛事转播的画面，不适合用反不正当竞争法来调整，“放在反不正当竞争法中，名不正言不顺”。而有些观点则认为在现有的法律框架下，“反不正当竞争法保护是较为合理的方法”¹⁵。

3.3.3 其他说

在上述观点外，还有学者认为，依据国际公约及我国《著作权法》的立法精神，对于网络直播体育赛事的行为，不一定要套用兜底条款，现行法有歧义可以通过世界知识产权组织的相关规定来解释。世界知识产权组织在 2003 年出版的管理条约指南在解释 WCT 第八条时提到该内容是对《伯尔尼公约》不同形式传播条款进行的保障性补正，依据该条款以及《伯尔尼公约》第 11 条，对现行《著作权法》下的广播权范围予以扩大性的解释，可以实现对网络转播、体育赛事转播进行规制。还有观点认为，“将体育赛事节目作为娱乐节目，将转播权作为一般的民事权利来理解更为合理”¹⁶。另外，在上面的审判实例中，有观点将网络播放权设置在物权范畴内¹⁷。

上述各种观点也有交锋，有观点认为，“不能简单借鉴国际公约将网播权拓展到无线之外来解释广播权”；对适用广播组织权来保护的观点，有观点则认为“现在著作权法中也没有将网播规定在广播电视组织权中”¹⁸。

¹⁵ 同 4

¹⁶ 同 4。

¹⁷ 法院，（2013）沪一中民五（知）终字第 59 号。

¹⁸ 同 4。

4. 关于体育赛事画面保护的思考

4.1 信号与图像（视听画面）

在我国现行知识产权司法体系下，对体育赛事画面进行法律性质的认定直接决定对其保护的标准和模式。

赛事转播的画面制作过程，表现为活动的画面和声音，然后通过专业传输合成为信号。所以，首先应当承认赛事画面在转播过程中，确实存在对信号的传输。但应当说明，信号是传输画面的载体，包括活动的画面和声音。因而，对信号的保护不等于对画面的保护，对信号的保护也不能取代对画面的保护。信号的保护是对广播组织权的保护，不同于对赛事转播画面（包括声音）的保护；后者是对赛事转播制作与投资的保护。信号的权利属于广播组织，而画面的权利则属于制作画面的持权方。两者若不区别对待，即如果将体育赛事转播内容仅视为信号，则无疑会归入邻接权中广播组织权保护的范畴。

广播组织权的客体是广播组织播放的节目信号，广播组织权是指广播组织就自己播放的节目信号享有的专有权利，其权利的取得所依据的是节目的播放而非节目的制作。单纯从技术上对信号的定义来说，网络转播行为不论其信号来源于电视信号的转化亦或直接来源于其他网络主体，都应受到信号来源方的控制与制约。故如果对体育赛事网络转播行为能通过信号进行保护，则便能绕过关于体育赛事转播画面本身独创性的考察，使问题简单化。然而在现行法律体系下是否可实现？我国《著作权法》就广播组织仅规定了广播电台和电视台，《广播电视管理条例》第8条第2款规定，本条例所称广播电台、电视台是指采编、制作并通过有线或者无线的方式播放广播电视节目的机构。参考该定义以及我国立法背景，广播组织权的主体并不包含网播组织。再看广播组织权所控制的行为，我国《著作权法》第45条规定，广播电台、电视台有权禁止未经其许可将其播放的广播、电视传播的行为，有权禁止将其播放的广播、电视录制在音像载体上以及复制音像载体。依据该规定，广播组织权的内容为转播权以及录制、复制权。显然，广播组织的权利中不涵盖互联网转播行为。根据2001

年全国人大法律委员会对修订《著作权法》报告的说明,《著作权法》中广播组织的“转播权”可以控制以有线和无线方式进行的传播,但尚不能控制通过互联网进行的转播¹⁹。故无论是对电视信号的网络转播还是对其他网播组织信号的转播,均无法通过广播组织权进行控制。在现有法律体系下,无法通过对信号的保护来规制网络传播行为。

笔者认为对于体育赛事的转播,应通过画面(图像)来进行,即将信号和画面区分开来,可以实现更为充分的保护。直播的体育赛事画面的载体为信号,录播或延播的体育赛事转播画面的载体为各类存储器。如该画面(图像)构成作品,则相关权利人可享有著作权的保护,即使仅构成录像制品,相关权利人亦可控制交互式的网络传播行为。

4.2 作品与制品

根据独创性高低的程度,我国《著作权法》将需要保护的客体分别通过著作权和邻接权进行调整。邻接权是指作品的传播者和作品之外劳动成果的创作者对其劳动成果享有的专有权利的总和。其产生的原因,是某些有价值的非物质劳动成果,由于不具备“独创性”而无法受到狭义著作权的保护²⁰。而依照法律规定,具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果,则构成我国《著作权法》所保护的作品。具体到体育赛事转播的画面而言,因其属于有伴音或无伴音的影像,对此类客体依据现行《著作权法》可分别归属为电影、以类似摄制电影的方法创作的作品或录像制品。

持作品说的观点认为,体育赛事转播节目的制作是一项集科学技术、人文情感和艺术效果为一体的竞赛场面的真实还原,是人类各类大型集体活动的艺术大片,涉及转播规划、信号制作的系统工程。赛事转播节目制作的原则首先遵循某项赛事或运动传统形成的制作方式,集合最新的运动技术发展,采用最

19 参见王维澄(全国人大法律委员会前主任)2001年10月27日所做的关于修改著作权法的决定的报告。

20 王迁,知识产权法教程(第四版)[M],北京:中国人民大学出版社,2014年版,第194页。

新的科技设备手段呈现运动员不断超越运动极限的激情、精彩完美的技术动作，记录每一个不可复制又瞬间即逝的难忘的瞬间。赛事信号的转播制作是一项对所有竞赛和非竞赛场馆进行认真仔细勘查、严密设计规划、研究各个单项竞赛规则、最后实施转播的艰难工程。场馆转播（信号）制作是针对某一个单项比赛进行节目直播制作的具体实施工作。通过制作可以使观看转播的观众产生身临其境的，甚至于优于现场观众观看的奇特效果。该制作有别于一般电视节目的制作，随着通信技术的发展，现场采集和拍摄制作的手段越来越多，以突出现场的实时同步效果，并使用慢动作回放、虚拟图形、超级慢动作等现代电视技术提升转播效果。随着技术的进步，观众在家观赏的节目往往已经不是“原汁原味”的对比赛现场的客观录像，而是由制作者精心选择和编排的结果²¹。所以，无疑体育赛事转播画面构成《著作权法》所规定的作品。目前体育赛事组织者、行业权利方以及部分学者持此观点。

持制品说的观点认为，对于体育比赛的现场直播画面而言，其中的大部分可能都是常规性的，独创性程度较低。这是因为对于体育比赛，观众对于在何种时刻看到何种角度拍摄的画面有较为稳定的预期。对于技术熟练的体育比赛现场导播而言，对于在哪一种场景中应当采用从哪一个角度拍摄的画面，是有规律可循的。如果有10名达到一定技术水准的导播面对相同的、从不同角度拍摄的比赛画面进行即时的选择，差距可能并不会太大。画面的选择是有一定规律的。在导播达到一定水准的情况下，不同导播之间个性化的差异不会太突出，这就降低了直播比赛画面的独创性。导播的工作是有常规可循的。在一个特定的比赛时刻，应当播放从哪个角度拍摄的画面或制作的慢镜头是基本确定的。如果没有播放这个画面或慢镜头，则会被认定为是水平差。这就印证了体育比赛的现场直播画面，在多数情况下，很难鲜明地反映导播的个性，其独创性程度是比较低的。同时，由于体育比赛的现场直播画面是连续拍摄和播出的，反而降低了其独创性²²。基于此观点，体育赛事转播画面绝大多数达不到作品独创

21 参见马晓刚：《赛事节目及直播法律保护研究》，2012年广电总局法规司委托研究课题成果。

22 同4。

性的要求，录制的常规体育赛事转播画面应构成录像制品。

对这个问题的观点，笔者认为，从赛事的转播、制作的整体层面上看，赛事的转播、制作是通过设置不确定的数台或几十台固定的、不固定的录制设备作为基础进行拍摄录制，形成用户、观众看到的最终画面，但固定的机位并不代表形成固定的画面。用户看到的画面，与赛事现场并不完全一致，也非完全同步。这说明了其转播的制作程序，不仅仅包括对赛事的录制，还包括回看的播放、比赛及球员的特写、场内与场外、球员与观众、全场与局部的画面，以及配有的全场点评和解说。而上述画面的形成，是编导通过对镜头的选取，即对多台设备拍摄的多个镜头的选择、编排的结果。而这个过程，不同的机位设置、不同的画面取舍、编排、剪切等多种手段，会导致不同的最终画面，或者说不同的赛事编导，会呈现不同的赛事画面。就此，尽管法律上没有规定独创性的标准，但应当认为对赛事录制镜头的选择、编排，形成可供观赏的新的画面，无疑是一种创作性劳动，且该创作性从不同的选择、不同的制作，会产生不同的画面效果恰恰反映了其独创性。即赛事录制形成的画面，构成我国《著作权法》对作品独创性的要求，应当认定为作品。即通过摄制、制作的方式，形成画面，以视听的形式给人以能够取得不同欣赏体验的视听感应，应构成作品²³。

4.3 作品的类型

我国《著作权法》第3条规定了9种作品形式，除前8项为具体明确的形式外，还规定了第9项“其他作品”。该第9项尽管是为了考虑文化和科学技术的发展而留有的空间，但其适用必须是在法律、行政法规规定的前提下，即限定了适用的范围。

从绝大多数主张赛事转播的画面应认定为作品的观点中可以看到，主张作品类型为类电作品的居多。

23 (2014)朝民(知)初字第40334号。

对于电影作品、类电作品给予保护的门槛比较高。尽管法律没有对其做出特殊的要求，但我们不难看出这是相比于其他作品形式，如摄影作品等而言的。电影作品以及类电作品，是需要由一定的美感、连续的、贯通的画面组成的；它包含了大量的导演、演员、服装、道具、灯光、后期制作等大量的、繁杂的工作。但是，有一些画面、影像达不到电影作品的高度，却又具有一定的独创性的作品则无法完全归入该作品下。在《著作权法》第三次修订稿中就解决了上述问题。在该修改稿第3条第（六）项中对作品形式的规定为：“电影作品和其他视听作品”²⁴。“视听作品”，指创作者以任何方式摄制、制作并储存在一定介质上的有伴音或者无伴音的连续影像²⁵。从上述内容可以看出，视听作品区别于电影作品，其内涵大于现行法律中的类电作品，其保护水准又低于电影作品，但在现有法律框架下并没有设定该作品。

具体到赛事转播的画面，其具有的时效性，使得在制作过程不及电影作品的复杂、精细；考虑到其画面有回放、特写等镜头的切入，使得该画面达不到实质性的或者说是绝对的“连续”，而达不到电影作品或者类电作品的高度，但其不失“有伴音或者无伴音的连续影像”，从而构成“视听作品”。在此，很同意有关学者的观点，不要拘泥于作品的类别。从上述判决中我们没有看到有关作品的类型，但从其最终的表述“通过摄制、制作的方式，形成画面，以视听的形式给人以能够取得不同欣赏体验的视听感应”，不难看出该作品应是界定在“视听作品”的范畴内。此种表达，一是要在现有的法律框架下适用；二是从独创性上判断符合法律的规定；三是这种表达符合社会及法律的发展需求（视听作品）。

4.4 网络赛事转播权利的确定

《著作权法》第10条规定了著作权包括的17项权利。涉及网络的权利是第（十二）项的“信息网络传播权”²⁶，即以有线或无线方式向公众提供作品，使

24 参见法律出版社出版的《〈著作权法〉专家建议稿说明》，2012年10月第一版，第2页。

25 同上，第212页。

26 由于前面已论述了广播权，在此就不再赘述。

公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利；同时，该条款还设定了兜底条款，即第（十七）项：应当由著作权人享有的其他权利。同样，具体到赛事的转播，也称直播，是对赛事比赛的同步播放，其播放时间是提前确定的。网络赛事的转播行为，“尽管是在信息网络条件下进行，但不能以交互式使得用户通过互联网在任意的时间、地点获得，故该行为不属于我国《著作权法》所确定的信息网络传播权的范畴，但仍应受我国《著作权法》的保护，即属于‘应当由著作权人享有的其他权利’”。就是说，网络赛事转播的权利，适用《著作权法》第10条第（十七）项予以保护。

5. 建议

5.1 完善立法

应以《著作权法》第三次修订为契机，将“视听作品”的形式予以确定，明确该作品形式的内容。在著作权权项中明确网络转播（直播）的行为属性。

5.2 规范体育赛事播放授权环节

将体育行政管理与体育商业行为严格分开。规范体育赛事播放的授权行为，明确权利界限，尤其是互联网上的相关权利，避免一权多授，引发市场混乱与纠纷。

5.3 加强网络行业的自律

体育赛事网络盗版侵权现象日渐凸显，严重损害了体育赛事产业的发展。净化网络环境是网络运营商诚信经营的要求，也是赛事转播产业发展的要求。

05 Robots 协议在互联网搜索中的竞争分析

王俊林

北京市盈科律师事务所律师 高级合伙人

Robots 协议与互联网搜索相生相伴，自 1994 年 6 月 30 日，robots.txt 协议诞生以来，它无可争议地成为互联网搜索企业务必遵守的行为准则，无论是最早的 Altavista、Infoseek，还是后来的 Google、Bing，以及中国的百度、搜搜、搜狗等公司。

但随着互联网产业的快速发展，互联网搜索市场竞争加剧，Robots 协议“礼崩乐坏”，甚至成为某些搜索企业进行不正当竞争的工具。2012 年发生“3B 大战”时，Robots 协议成为国人关注的焦点。为此，中国互联网协会于 2012 年 11 月 1 日发布了《互联网搜索引擎服务自律公约》（以下简称《自律公约》），旨在规范并引导国内互联网搜索企业遵守 Robots 协议。

2016 年 5 月 26 日，大众点评起诉百度不正当竞争案的一审结果落槌。上海市浦东新区法院判定百度公司的搜索引擎抓取信息未违反 Robots 协议，再次引起民众对 Robots 协议的关注。

近年来，在互联网界与 Robots 协议有关的争议不断发生，相关部门也在加强这方面的立法工作。在新的法律环境和趋势中，如何认定 Robots 协议在互联网

网搜索中的竞争行为呢？本文将从以下几个方面进行梳理和分析。

1 . 认识 Robots 协议

1.1 Robots 协议的概念和法律性质

Robots 协议也称为爬虫协议、机器人协议，是“网络爬虫排除标准”（Robots Exclusion Protocol），其本质是网站和搜索引擎爬虫的沟通方式，用来指导搜索引擎更好地抓取网站内容。Robots 协议是国际互联网界通行的道德规范，基于以下原则建立：①搜索技术应服务于人类，尊重信息提供者的意愿，并维护其隐私权；②网站有义务保护其使用者的个人信息和隐私不被侵犯。“Robots 之父”MartijnKoster 对 Robots 协议的性质进行了如下阐述：Robots 协议是一个未经标准组织备案的非官方标准，它也不属于任何商业组织。早在 1997 年，MartijnKoster 曾向 IETF（互联网工程任务组）提交申请，试图把 Robots 协议作为该组织规范，但被 IETF 拒绝。之后，国际电信联盟（ITU）、万维网联盟（W3C）的规范也同样拒绝采纳 Robots 协议¹。

由此可见，Robots 协议虽然名为“协议”，但只是行业惯用的说法，它并非真正意义上的协议，因为是未经标准组织备案的非官方标准，所以，也不受任何官方机构保护，但 Robots 协议并非不受法律保护，因为 Robots 协议是国际互联网界通行和公认的道德规范。

1.2 与 Robots 协议有关的两起经典案例

（1）BE 违规抓取 eBay 案。该案可谓是人们认识 Robots 协议与互联网搜索关系的最经典的案例。Bidder's Edge（以下简称 BE）成立于 1997 年，是专门提供拍卖信息的聚合网站。2000 年，BE 利用“蜘蛛”抓取来自 eBay 等各个大型

1 引自 360 百科 <http://baike.so.com/doc/4854891-5072162.html>.

拍卖网站的商品信息，放在自己的网站上供用户浏览，并获得可观的网站流量。虽然 eBay 早已设置了 Robots 协议禁止 BE 蜘蛛的抓取，但 BE 却无视这个要求，数次沟通交涉未果后 eBay 将 BE 告上联邦法庭，要求禁止 BE 的违规抓取行为。3 个月后，受理此案的美国联邦法官 Ronald M. Whyte 在经过多方调查取证后做出裁定，认定 BE 侵权成立，禁止了 BE 在未经 eBay 允许的情况下，通过任何自动查询程序、网络蜘蛛等设置抓取 eBay 的拍卖内容。

在当时的庭审中，双方争议的焦点主要集中在“网站是否有权设置 Robots 协议屏蔽其他网站蜘蛛的抓取”。被告 BE 认为，eBay 的网站内容属于网民自创，因此是公共资源，eBay 无权设立 Robots 协议进行限制。然而，法院对这一说辞却并不认同。在法官看来：“eBay 的网站内容属于私有财产，eBay 有权通过 Robots 协议对其进行限制。”违规抓取的行为无异于“对于动产的非法侵入”。

作为美国历史上第一个保护互联网信息内容的法律裁定，eBay 与 BE 的这起纠纷，成为网络侵权案的标志性案例，并在当时引发了美国互联网产业乃至社会的广泛讨论。

（2）Field v. Google 案。在 Field v. Google 案中，Google 允许网络使用者获得 Field 发布在自己网站上的 51 部作品，并将这些作品以缓存的方式呈现在 Google 搜索引擎上，Field 认为此行为侵犯其复制权和传播权。最终，审理法院驳回原告 Field 的诉讼请求，认为原告作者未在其网站设置 Robots 协议，即视为允许搜索引擎使用，因此搜索引擎的抓取和使用不违法²。

从以上正反两个方面的案例来看，虽然 Robots 协议在国际上被视为道德层面的不成文规定，但其被国际社会公认为商业道德行为，而当网站所有人通过 Robots 协议对其网站服务内容进行限制后，不正当的使用视为对私有财产的侵犯，因此应当受到法律的保护。

2 引自 360 百科 <http://baike.so.com/doc/4854891-5072162.html>.

2. 我国对 Robots 协议的法律界定

2.1 Robots 协议与《自律公约》

2012 年 11 月 1 日，中国互联网协会发布《自律公约》，我们知道《自律公约》是“3B 大战”的产物，但它的出台对规范搜索引擎市场起到一定的积极作用。因为所有参与签署《自律公约》的企业必然会受到约束，对搜索行业自律具有积极意义。而在《自律公约》公布之前，Robots 协议在国际上被视为道德层面的不成文规定，在《自律公约》里被界定为“国际通行的行业惯例与商业规则”，作为同行业之间的约定，《自律公约》已经上升为行业规范。事实上，我们已经看到，发生于国内与 Robots 协议有关的纠纷，在现有法律没有明确规定的情况下，《自律公约》已经成为行业规范被纳入法官的视野，并成为判定是否构成侵权或者不正当竞争的依据。

2.2 Robots 协议是公认的商业道德

根据我国《反不正当竞争法》第 2 条的规定：“经营者在经济活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。”

2016 年 4 月 13 日，北京市高级人民法院公布了《北京市高级人民法院关于涉及网络知识产权案件的审理指南》（以下简称《审理指南》），第 34 条对认定“公认的商业道德”提出可以综合参考的内容，其中第（2）项规定：行业协会或者自律组织根据行业特点、竞争需求所制定的从业规范或者自律公约。

如前所述，Robots 协议在中国互联网协会指定的《自律公约》里被界定为“国际通行的行业惯例与商业规则”，根据《审理指南》第 34 条第（2）项，由于 Robots 协议的法律性质已经在《自律公约》中有所规定，所以，Robots 协议当然可被界定为“公认的商业道德行为”。按照这一逻辑关系，在我国违反 Robots 协议的行为，能够从法律上界定为不正当竞争行为。

3 . Robots 协议在互联网搜索中的竞争行为分析

如前所述,违反 Robots 协议就是违反公认的商业道德的行为,应当受到我国《反不正当竞争法》的约束并被认定为不正当竞争行为。那么,是不是所有违反 Robots 协议的行为均可被认定为是不正当竞争行为?笔者认为,不应一概而论,而是应当根据我国现有法律及配套司法解释、指南的规定,具体问题具体分析。以下笔者从几个不同的竞争行为进行分析和论述。

3.1 黑白名单

Robots 白名单是指网站设置 Robots 协议,允许 robots.txt 文件中声明的搜索引擎抓取,禁止其他搜索引擎抓取。如 Twitter 网站部分内容只允许 Googlebot、Slurp、Yandex、msnbot 搜索引擎爬虫抓取,对于其他搜索引擎不允许抓取³。目前,国际排名前 1000 名左右的网站中,有上百家网站设置 Robots 白名单,声明仅允许部分搜索引擎抓取;在流量排名世界前 1000 名左右的网站中,有 108 家网站采用仅禁止一家搜索引擎抓取的 Robots 黑名单。

一般而言,网站(包括搜索引擎商的自有网站)通过 robots.txt 文件来实现 Robots 协议,以白名单或黑名单方式允许或禁止搜索引擎抓取都是保护网站内容的一种手段,是符合 Robots 协议作为国际公认商业道德的要求,从法律上来说应该是应该得到保护的,但以下几种情况值得商榷。

(1) 联合抵制。联合抵制是指经营者以损害特定竞争者利益为目的,联合起来对竞争者拒绝供给、拒绝购买或者促使竞争者的交易人拒绝供给或拒绝购买以使竞争者陷入不利经营地位的行为⁴。一般来说,根据契约自由原则,经营者之间在进行交易时有选择交易相对人的权利,但若众多经营者参与抵制,旨在排除、限制特定对象参与市场竞争,就违反了我国《反垄断法》第 13 条第 5 项的规定,构成垄断协议。其在客观上导致搜索市场不能体现开放、平等、协

3 源自: <http://tech.sina.com.cn/i/2014-09-17/15139617050.shtml>.

4 刘继峰. 竞争法[M]. 北京: 对外经济贸易大学出版社, 2007 年版。

作、分享的互联网精神，最终导致的结果是限制或者阻碍了相关市场的竞争。例如：2010年11月，与360公司有过纠葛的金山、百度、腾讯、傲游、可牛5家互联网公司选择抱团，共同发布《反对360不正当竞争及加强行业自律的联合声明》，“不与360发生任何形式的业务合作”等。笔者认为，上述五公司的联合抵制行为涉嫌违反了我国《反垄断法》第13条第5项的规定，构成垄断协议。

（2）拒绝交易。拒绝交易行为是指具有垄断地位的经营者没有合理的理由拒绝向需方提供产品的行为。我国《反垄断法》第17条第3款规定，没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易。拒绝交易常作为维持垄断地位或者垄断经营的手段，甚至具有一定的惩罚性，其最终产生了排除、限制竞争的效果。例如：在“3B大战”中，百度通过Robots协议阻止360搜索抓取索引内容，360搜索认为百度旨在打击和封堵360搜索，因此诉请法院认定百度滥用市场支配地位。尽管法院没能做出有利于360的认定，但该案例也给在搜索市场具有支配地位的经营者起到了一定的警示作用。

（3）差别待遇。差别待遇又称歧视性待遇，我国《反垄断法》第17条规定：“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：……没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇。”笔者认为，如果网站经营者具有市场支配地位，尽管其不直接体现价格，但由于在互联网领域的相关市场存在双边效应，其所实施的歧视性待遇行为符合我国《反垄断法》第17条的相关规定。例如：国内最大的搜索引擎公司百度允许包括谷歌、必应、搜狗、搜搜在内的所有搜索引擎抓取索引上的内容，却单独通过Robots协议拒绝360抓取相关内容。法院在判决书中认定：在《自律公约》签署后，百度在合理的时间内没有修改Robots协议中针对奇虎360的歧视性规定，且没有给出合理的理由，因此，百度存在滥用Robots协议的问题。所以，百度没有事实和法律基础来主张奇虎360在《自律公约》签署后的行为构成不正当竞争⁵。

5 《判决厘清 Robots 协议的合理使用界限》http://www.ce.cn/xwzx/fazhi/201408/08/t20140808_3317904.shtml。

3.2 强制转跳

值得笔者提及的是，根据我国《反不正当竞争法（修订草案送审稿）》（以下简称《送审稿》）第13条规定：“经营者不得利用网络技术或者应用服务实施下列影响用户选择、干扰其他经营者正常经营的行为：……（二）未经许可或者授权，在其他经营者提供的网络应用服务中插入链接，强制进行目标跳转。”

经营者未经许可或者授权实施的“强制转跳”行为被认定为不正当竞争行为。如果该法律条款得以实施，“强制转跳”行为在我国首次以法律的形式得以界定，其判断标准也非常清晰。而在此之前，其判断标准是依据我国现行《反不正当竞争法》第2条的规定，具有“落入口袋”的感觉。

3.3 网页“快照”

根据《审理指南》第12至第14条的规定：网页“快照”服务者以搜索、链接或者系统缓存为由提出不侵权抗辩的，不予支持；网页“快照”服务提供行为侵权的认定，与“快照”来源网页内容是否侵权无关；判断网页“快照”提供行为是否属于不影响相关作品的正常使用，且未不合理损害权利人对该作品合法权益情形的，可以综合考虑以下因素：① 提供网页“快照”的主要用途；② 原告是否能够通过通知删除等方法，最大限度地缩小损害范围；③ 原告是否已明确通知被告删除网页“快照”；④ 被告是否在知道涉嫌侵权的情况下，仍未及时采取任何措施；⑤ 被告是否从网页“快照”提供行为中直接获取利益；⑥ 其他相关因素。

由此可见，《审理指南》对网页“快照”服务者的抗辩、侵权行为认定及是否为合理使用进行了清晰的界定。笔者认为，《审理指南》虽然不具有法律的强制力，但却是法院审理相关案件的“标本”，且《审理指南》的制定一般来源于法律实践，不与现有法律相冲突，因此，应该成为我们判断网页“快照”是否合理使用及是否侵权的重要参考标准。

3.4 竞价排名

根据《审理指南》第 39、第 40 条的规定：搜索引擎服务提供者提供的竞价排名服务，属信息检索服务；在提供竞价排名服务的过程中，搜索引擎服务提供者未实施选择、整理、推荐、编辑关键词等行为的，其对竞价排名服务中所使用的关键词等不负有全面、主动审查的义务，但明显违背法律、法规规定的除外；对于利用竞价排名服务实施的不正当竞争行为，原告有权通知搜索引擎服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施；搜索引擎服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与实施不正当竞争行为的经营者承担连带责任；搜索引擎服务提供者知道他人利用竞价排名服务实施不正当竞争行为，未采取必要措施的，应当与其承担连带责任。

从上述规定内容中可见，搜索引擎服务提供者提供的竞价排名服务行为在性质上属于信息检索服务，而不是广告；同时对搜索引擎服务提供者提供的竞价排名服务行为在何种情形下承担或不承担及承担何种责任做了非常清晰的界定，应当成为搜索引擎服务提供者的“行为指南”。

3.5 “避风港”原则

“避风港”原则最早出现在美国 1998 年制定的《数字千禧年版权法》（The Digital Millennium Copyright Act of 1998）（以下简称《DMCA 法案》）。该原则随后被应用在搜索引擎、网络存储、在线图书馆等互联网领域的著作权侵权责任判定。《DMCA 法案》中的“避风港”条款由“通知+移除”构成，主要是考虑到网络中介服务商没有能力事先对海量内容进行审查，因此一般事先对侵权信息的存在并不知情。通过采取“通知+移除”规则实际上限缩了网络中介服务商的间接侵权责任。

2006 年，我国颁布了《信息网络传播权保护条例》（以下简称《条例》），其中第 23 条的规定与美国《DMCA 法案》中的“避风港”条款类似，被认为是中国的“避风港”原则。《条例》中引入“避风港”原则的初衷是设想用以解决搜索引擎侵权案以及下载网站侵权案。此外，在《条例》中，不仅规定了互联网企业可以免责的条款，还同时规定了不能免责的条款，即通常所说的“红旗”

原则，这一原则直接与“避风港”相对应，实际上也包含在“避风港”条款中。适用“红旗”原则的限定之一，即必须是作品的知名度较高，否则很难判定相关互联网网站知情的主观故意。

近年来我国互联网行业，尤其是视频网站以及搜索引擎网站的知识产权纠纷一直纷争不断，而关于国际上通用的“避风港”原则是否适用于国内视频业，社会各界各执一词。2005 年 7 月，百代、华纳、环球等七大国际唱片公司对百度提出诉讼，理由是百度在搜索页面上提供了部分未授权的 MP3 下载链接。百度凭借“避风港”原则先后获得了一审和二审的胜诉。

从竞争法的视角分析，笔者认为：搜索企业首先应当遵守“避风港”原则，但那些在搜索市场具有市场支配地位的经营者在适用“避风港”原则时应更为审慎，才能做到合理适用，进而起到良好的示范效应。所谓合理适用，结合《条例》的初衷，应体现为：一方面通过促进互联网企业通过守法经营和自律经营实现可持续性发展，让广大互联网用户能够很好地、自由地获取信息；另一方面，对一些侵权盗版进行制约，让版权人的权益得到伸张，借此保护版权人的创作热情，使互联网真正成为信息时代，人们互通有无、分享知识、交流学习的平台。“避风港”原则，作为规范互联网行业运营行为的手段之一，不仅不能够与《著作权法》等国家知识产权法律法规相抵触适用，更不应成为部分互联网企业恶意规避法律责任、不当牟利的“避风港”。

4. 结语

尽管互联网技术的未来发展不可准确预测，但是我们相信 Robots 协议在互联网领域已被国际社会公认为商业道德规范的法律属性不可改变。未来通过 Robots 协议演绎或者派生出各类复杂的具体行为，均应当遵守 Robots 协议的商业道德底线，并应当以此为基础，根据不同的具体行为制定出相应的法律规范。只有这样才能实现开放、平等、协作、分享的互联网精神。

06 论利用外挂制造、销售游戏币的行为性质

袁 博

上海市第二中级人民法院法官

随着网络游戏的兴起，越来越多的玩家开始购买游戏币以换购游戏中的道具和等级，用以提高用户体验。一些不法分子嗅到了“商机”，开始采用各种手段套取游戏金币。一种典型的手段：通过反编译手段破译游戏的客户端程序及相应的通信协议，并复制大量游戏中的文件制作可以独立运行的外挂程序，随后利用该外挂程序登录大量游戏账号“生产”游戏金币并销售以牟得暴利。在多数情形中，这种游戏金币和游戏系统中合法产生的金币具有相同的计算机代码，游戏系统无法辨识其为“假币”，可以在游戏中正常使用。对于这类行为，可能涉及的罪名包括诈骗罪、盗窃罪和侵犯著作权罪，以下展开分析。

1. 游戏币属于应受刑法保护的虚拟财产

游戏金币虽然属于虚拟物品，但其生成、获得需要玩家付出劳动或者金钱，并且游戏金币具有使用价值，在游戏中能够给玩家带来更高级的装备或者人物属性，能够给玩家带来更为愉悦的游戏体验，同时，游戏金币也具有交换价值，玩家可以在游戏中进行交易，也可以在游戏之外用现实货币进行买卖。可见，虽然游戏金币本质上是一种游戏服务器上的二进制数据编码，但由于可以被控

制，同时满足游戏玩家的需要，具有交换价值和使用价值，同时现实交易关系的存在也使得虚拟的游戏金币得以与现实世界发生联系，因此，游戏金币应当属于受到刑法保护的虚拟财产。

2. 制造、销售游戏币的行为不构成诈骗罪

所谓诈骗罪，是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为¹。从表面看，制售假游戏金币的行为似乎符合诈骗罪的特征：游戏金币系“无中生有”自行生产的，并未得到游戏运营商的授权，属于非法的虚拟财产，而行为人在出售这些游戏金币时向游戏玩家隐瞒了这些事实，游戏玩家基于错误认识而交付了对价，因而行为人给游戏玩家造成了损失；另一方面，这些非法制造的游戏金币由于与真正的游戏金币均为计算机数据信息，因此通过游戏玩家之手后再次回到游戏中去，而游戏运营商也会提供给游戏玩家对等的服务和装备，在此意义上，也可以视为行为人利用不知情的玩家将假的游戏币欺骗了游戏运营商，使得其蒙受相应的对价损失。

上述观点看似合乎逻辑，然而却存在两个缺陷。

第一，诈骗罪要求被害人发生财产损害，而游戏玩家实际获得了对应价值的财物。在司法实践中，在支付价值相当的财物后取得财物的，原则上都不定诈骗罪，有必要进行刑事追究的，也按照其他罪名处理。例如，商标权人授权制造商生产1万件商品，制造商实际生产2万件，则其中的1万件由于没有商标权人的授权，属于假冒他人商标的商品，制造商如果予以销售则构成生产假冒商标的商品罪而非诈骗罪。这是因为生产商的目的是获取非法利润，其行为是通过市场交易的方式取得他人财产，而非无代价地占有他人财物，如果只考虑受害人交付财产的一面而忽视其同时得到价值相当的对价财物的一面，则显失公平，令人难以接受²。当然，单纯利用他人无知或贪财的心理，以价值极低

1 张明楷．刑法学[M]．北京：法律出版社，2007年版，第735页。

2 刘明祥．财产罪比较研究[M]．北京：中国政法大学出版社，2001年版，第246页。

的廉价物品冒充高档物品骗取他人钱财的，如以铝制品冒充白金首饰的，由于并不存在真实的交易行为，属于典型的诈骗而非销售伪劣商品³。游戏玩家虽然被隐瞒了游戏金币真实来源这部分事实，但是如同购买赃物不等于被骗一样，游戏玩家事实上获得了与正当来源的金币功能完全一样的游戏金币，同样可以与“游戏金币”一样在游戏中使用并获得相应的装备或服务，因此游戏玩家并未发生实质的财产损害。

第二，游戏玩家将买来的金币通过向游戏软件“充值”来进行使用，而“机器是不能被骗的”。诈骗罪要求受害人陷于错误认识而处分财物，因此受害人只能是具有处分能力的自然人，而不包括婴幼儿、精神病患者、动物、机器等。无论是大陆法系还是英美法系，都认为“机器不能被骗”⁴。例如，日本学者平野龙一指出：“诈骗罪以欺骗行为使他人陷入‘错误’为要件。因此，采用吸铁石从老虎机中吸出并取得弹子时，或者以铁片取代硬币从自动贩卖机中取得香烟时，由于不存在错误，所以不是诈骗，而是盗窃。”⁵又如，系统考察德国刑法第 248 条 c，第 263 条、第 263 条 a、第 265 条 a，也可以得出德国《刑法》中不承认对机器诈骗的结论⁶。英美刑法理论相关判例也同样指出诈骗罪的受害者不能包括机器。游戏玩家将买来的金币通过向游戏软件“充值”来进行使用，因此，真正受到欺骗的是游戏软件的系统，而软件系统本质上就是“机器”，虽然因为无法辨识行为人制造的游戏金币与系统产生的金币的区别而被骗并使得游戏运营商发生经济损失，但由于游戏系统没有处分能力，因而并不符合诈骗罪中关于受害人的构成要求。

3 陈兴良，周光权．刑法现代学的展开[M]．北京：中国人民大学出版社，2006 年版，第 637 页。

4 张明楷．外国刑法纲要（第二版）[M]．北京：清华大学出版社，2007 年版，第 579 页。

5 [日]平野龙一．刑法概说[M]．东京大学出版会，1977 年版，第 213 页。参见张明楷．外国刑法纲要（第二版）[M]．北京：清华大学出版社，2007 年版，第 579 页。

6 张明楷．外国刑法纲要（第二版）[M]．北京：清华大学出版社，2007 年版，第 579 页。

3. 制造、销售游戏币的行为同时符合侵犯著作权罪和盗窃罪

3.1 符合侵犯著作权罪的构成要件

依据可否独立运行,游戏外挂可以分为附属型外挂和独立型外挂⁷。独立型外挂可以在不安装游戏客户端的情况下独立运行,在某些方面实现与用户操作客户端同样的效果(例如生产金币)⁸。不难看出,独立运行而非附加运行的特点决定了这种外挂必须大量复制、利用游戏客户端的程序文件而不仅仅是调用客户端的内存函数或者内存地址。因此,构成刑法意义上的侵犯著作权的行为⁹。

3.2 符合盗窃罪的构成要件

盗窃罪,是指以非法占有为目的,窃取他人占有的数额较大的财物,或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的行为¹⁰。构成盗窃罪,要具备“秘密窃取”的行为特征和“非法占有”的主观目的。

3.2.1 符合“秘密窃取”的特征

所谓秘密窃取,是指实施盗窃行为的行为人采取秘密的、自认为不为财物所有人、保管人所知的方法将财物取走。制造、销售金币的行为人的行为具有“秘密窃取”的特征。主观上,行为人认识到游戏金币必须基于游戏本身的运营商所专有控制的系统平台才能被制造出来,因此,行为人利用其掌握的计算机专业技术,从技术上模拟了与官方游戏平台类似的系统环境以便秘密生产金币,随后就予以出售,从而实现了对其财物的转移。由于金币本质上就是计算机数据,游戏运营商的游戏系统无法做真伪辨识,体现出该行为“不为受害人所知”的秘密特性。

7 王拓.制作并出售网游外挂牟利行为的刑事规制[J].中国刑事法杂志,2008(2).

8 袁博.擅自制作独立型游戏外挂牟利受惩处[J].中国知识产权报,2013年5月29日版.

9 王晨恺,秦天宁,瞿勇.制作发行网络游戏外挂行为的刑法适用[J].政治与法律,2009(6).

10 张明楷.刑法学(第四版)[M].北京:法律出版社,2011年版,第873页.

3.2.2 行为人具有“非法占有”的目的

非法占有的目的是“以将公私财产非法转为自己或第三者非法所有为目的”。游戏币作为虚拟财产具有虚拟性的特征，若实现对游戏币的占有，需经过两个步骤：一是逐渐排除运营商对游戏币的控制，二是实现自己对游戏币的占有。一般情况下，盗窃罪的犯罪对象是先于盗窃行为而存在的，其被财产所有者或其他人占有，但在制造、销售游戏币的情形中，犯罪对象是虚拟财产，其生成具有虚拟性和即时性的特征，这就导致游戏币的生成可以是瞬间“从无到有”，并随之转移占有的一种状态¹¹。由于游戏的生产平台本身就是脱离合法权利人管控体系之外的非法“金币生产车间”，这使得非法的游戏金币一生产出来，其控制权就实现了瞬间的转移，被行为人占有¹²。

3.2.3 受害人产生了实际经济损失

行为人利用外挂软件登录大量游戏账号“生产”游戏金币，实际上是利用不为受害人所知的秘密方式将法律上只有游戏运营商才能控制的金币，通过计算机数据复制的形式转移了一部分得以非法控制。由于游戏金币具有和水、电、煤气一样的特点，即行为人的非法控制不会导致受害人对财物完全失去控制，但对于行为人控制的这部分游戏金币而言，却实实在在地对得游戏运营商产生了有形的损害，因为这部分游戏金币具有市场价值，其存在本身就会使得游戏运营商因为竞争替代关系而在同一时段因为非法金币的出售而减少相应的市场销售额。换言之，由于行为人制造的游戏金币本质上与游戏中的合法金币都是相同的计算机二进制符号，并无实质区别，行为人多造了10个金币，一旦销售就使得10个非法的游戏币进入流通，就相当于使游戏运营商失去了对这10个金币的控制，同时因为替代作用而减少了10个游戏金币的销售，即行为人通过销售这部分金币而获得非法收入，而这部分收入本来应当归游戏运营商所有，即行为人的非法所得即为游戏运营商的实际损失。

11 李姝，朱婷婷，张一献．使用黑客手段添加并销售虚拟货币行为的刑法评价[J]．铁道警察学院学报，2014(3)．

12 苏惠渔．刑法学[M]．北京：中国政法大学出版社，1997年版，第644-645页。

3.2.4 销售游戏币的行为属于盗窃行为的必要组成环节

游戏金币属于有经济价值、应当受到刑法保护的虚拟财产，但是，盗窃罪的完成，需要发生相应的犯罪后果，因此，行为人仅仅制造金币，如果没有流入市场或在游戏中使用，就不会对游戏运营商构成实质上的损害，仅仅属于一种抽象的法律风险，因此，只有加上其后销售金币的行为，才构成了一个完整意义上的盗窃行为。因为通过销售金币，才使得制造的金币流入市场，并使得游戏运营商的财产损失从抽象的可能变为实际的结果。因此，“制造金币—销售金币”从整体意义上构成了盗窃罪所必需的客观要件。从这个角度可以看出，与一般的盗窃后销赃不同，销售金币行为并非事后不可罚行为，而是盗窃罪的有机组成部分。总之，主观上，行为人认识到游戏金币是游戏运营商才能合法控制、发行的有价值的虚拟财产，客观上，行为人非法采取了秘密方法在实质上控制了一部分同样功能和价值的游戏金币，实现了对游戏运营商部分财产权的替换和控制，因此，构成盗窃罪。

4. 制造、销售游戏币行为构成盗窃罪与侵犯著作权罪的想象竞合，应当从一重处断

制造、销售游戏金币的行为，既构成盗窃罪，又构成侵犯著作权罪，但由于盗窃罪与著作权罪在法条关系上并无包容关系，因此这种行为构成两个罪名的想象竞合，而非法条竞合。想象竞合犯的处断原则，刑法理论界通说是“从一重处断”原则，即选择行为触犯的法定刑较重的犯罪定罪处理。例如，行为人销售非法制造金币的金额达到400万元，对应的盗窃罪的量刑档次为10年以上有期徒刑或者无期徒刑（情节特别严重），对应的侵犯著作权罪的量刑档次为3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金（情节特别严重），因此，根据“从一重处断”原则，应当选择盗窃罪予以处断。

07 网络安全中的电子数据相关问题研究

石现升 苗 权 陆希玉

石现升 副研究员 中国互联网协会副秘书长

苗权 中级工程师 中国互联网协会研究部主任助理 博士

陆希玉 中级工程师 中国互联网协会研究部主任助理 博士

1. 电子数据取证存在的风险和挑战

随着云计算、移动互联网、物联网等新兴信息网络技术的快速发展，传统的网络拓扑结构和资源使用方式已经发生了巨大改变，应用传统电子取证方法取得的电子证据在真实性、合法性、关联性等方面存在缺陷¹。同时，新技术构建的信息空间催生了以指数形式高速增长的海量数据，对取证速度、取证切入点与取证范围等提出了新的网络安全挑战。与此同时，移动互联网在日常生活中的普及，提供了大量基于云计算环境下的个人信息数据服务，如电子邮件、即时通信、位置服务等。随着这些新应用与新服务的不断演进，涉及用户隐私与企业商业机密的网络犯罪现象也日益突出，基于以往网络治理经验，只有将技术、法律与行政手段相结合才能获得理想的网络治理效果。

2012 年，全国人民代表大会相继通过了新刑事诉讼法和新民事诉讼法，二

1 梁玉霞. 什么是证据——反思性重塑[M]. 北京: 中国检察出版社, 2001.

者明确将电子数据列为证据种类之一，标志着电子证据在司法实践中也将从幕后走向台前²。电子取证不仅是获得电子证据的必经程序，更是确保电子证据发挥作用的关键环节。相对其他证据类型，电子证据具有虚拟性、多样性、技术性、脆弱性等特征，并反映在电子取证行为中。未来可以预见，电子证据在司法实践中将越来越频繁地使用。然而，相关法律并未对电子取证的相关问题做出明确具体规定，电子取证行为的法律规制依然处于空白状态³。此外，云计算与移动互联网行业中的电子取证与传统取证行为的巨大差异，都可能导致该领域电子取证处于法律风险中。

例如，云计算在企业中应用日益广泛，而所有的云计算都是资源共享和流通的，建立在大量服务器集群和数据中心基础上。在这种情况下，几乎所有的数据都在云中传输、交换、保存和更新。同时，随着企业的数据和存储越来越多地在云中完成，企业用户在本地产可能没有完整的数据母本。企业的保密、敏感数据在存储或传输过程中与其他企业客户数据混合、泄露，导致企业利用云端数据进行不正当竞争的现象屡有发生。从数据取证角度来说，当所有行为都在网上完成，而这个网上资源又在不断变化，这对电子取证的安全性、可靠性等方面构成巨大挑战。

在与互联网用户相关的应用当中，个人隐私与个人数据的泄露问题会对个人信息安全造成损害，如网络诈骗、信用欺诈等案例，严重对国家网络安全造成损害。如智能手机搜集的个人位置信息，往往通过移动互联网络上传至远程的云数据中心，这个过程动态性大、隐蔽性强，广大用户往往无法察觉且难以控制。近期，有媒体报道关于智能手机对用户的时间、地点信息的记录，这些个人数据的获取过程是通过网络信息技术在不同的时间、地点完成。对该过程进行电子取证就涉及取证程序的合法性与取证手段的有效性，给法律和技术两个方面带来很大挑战。

2 李扬. 论电子证据在我国新修《民事诉讼法》中的法律地位[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版), 2012, 24(6).

3 高波. 大数据: 电子数据证据的挑战与机遇[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2014, 20(3).

受互联网技术发展的影响，侵犯个人隐私与企业商业机密等网络犯罪行为在向着大规模、分布式发展，研究在互联网技术下电子证据的取证和保全问题，对维护个人隐私、企业间公平竞争以及国家数据安全具有重要意义。本文的研究内容包括电子证据的概念和特性、我国电子取证的相关产业和技术发展、第三方取证生态系统建设。

2. 电子数据概述

2.1 电子数据的概念

随着云计算、大数据、移动互联网、物联网等新兴信息网络的快速发展，电子证据成为信息世界里新的“证据之王”，其在司法实践中的重要性日益凸显。近年来，国内外都对电子证据或电子数据进行过定义。

从国际上来看，联合国《电子商务示范法》第2条规定：“电子数据是指由电子手段、光学手段或类似手段生成的传送、接收或储存的信息。”电子证据在本质上是一种电子信息，可以实现精确复制，可以在虚拟空间里无限快速传播，在传播方式上与传统证据只能在物理空间传递存在明显的差异，在感知方式上必须借助电子设备，在保存方式上需要借助一定的电子介质，而且必须依赖于特定的系统软件环境。

英美法系将电子证据归属为“书证”的范畴，认为电子证据是以数字代码为原始存在形态，在提交法庭时必须将数字代码转化为人们可以识别的形式，通过显示器屏幕或者输出的打印文件。

具体到我国，2013年新修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》和《中华人民共和国民事诉讼法》确立了电子数据的法定证据种类，标志着电子证据在司法实践中从幕后走向台前。2015年2月4日最高人民法院公布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》对电子证据的相关内容进行了规定：电子数据是指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等形成或者存储在电子介质中的信息。同时，明确

存储在电子介质中的录音资料和影像资料适用于电子数据的规定。

2.2 电子数据的特性

2.2.1 海量性

数据存储具有海量性的特点。IDC（国际文献资料中心）研究表明，数字领域存在着 1.8 万亿 GB 的数据，企业数据正在以 55% 的速度逐年增长。如今，只需两天就能创造出自文明诞生以来到 2003 年所产生的数据总量⁴。

数据规模越大，处理的难度也就越大。当我们拥有海量即时数据时，绝对的精确不再是追求的主要目标。但是一般认为在证据收集过程中，“凡认为可能与案件有关联或者有助于证明诉讼问题的事实、法律和其他情况，都在收集、提供之列”。许多案件中，电子数据证据的收集须耗费极大的时间、人力及物力，甚至于不具有“合理存取”的可能性。以视频安全监控为例，连续不断的监控流中，对案件事实有重大价值的可能仅为一两秒的数据流；在 360° 全方位视频监控的“死角”处，也可能会挖掘出最有价值的证据。在海量电子数据中寻找那一丝与诉讼相关联的证据犹如“在数据的干草中捞到有意义的‘针’，其困难就是‘许多干草看起来也像针’”。大数据适当忽略微观层面上的精确度尽管会让我们在宏观层面拥有更好的洞察力，但却动摇了证据的客观真实性。

2.2.2 脆弱性

电子证据对运行环境的依赖程度很大，其产生、存储和输出必须借助计算机、存储、网络等硬件设备和软件平台的支持，必须依赖于特定的介质，有相应的播放、显示设备才能从存储状态到为人所感知，才能为法庭所认可和采信。而电子证据所依赖的系统环境如果发生变化，电子证据也可能无法显现或者显现错误的信息。电子证据的记录方式及介质的特殊性和网络空间的特性决定了其自身具有一定的脆弱性。

4 耿秋，孟剑．大数据时代机遇与挑战[J]．中国新时代，2012（6）．

2.2.3 易变无痕性

电子证据的易变无痕性是由其存在形式和存储平台的开放性所决定的。电子证据都以“0”和“1”两个数字组成的一系列二进制代码形式储存在各种介质上，光信号或磁向的变化很容易改变。一个简短的指令就可在极短的时间内对电子数据进行修改、删除、转移。供电系统或网络通信的故障，强磁、高温、高湿度等外部环境的影响，都可导致电子证据的改变。

由于网络环境的开放性、共享性以及当事人出于自己的利益需求，存管在普通服务器里的电子数据很容易、很方便地就被篡改；且与传统书证、物证不同，电子证据在遭遇篡改情况时，可以做到不留痕迹。

2.2.4 多样性

一是电子证据本身具有多样性。不仅可以表现为文本形式，还能够以图像、声音、动画等多媒体形式出现，这就几乎涵盖了所有传统证据类型。二是提交给法庭时的形式多样性。如可以电子文件的形式提供，或以传统物证、书证或视听资料的形式提供，也可以由第三方公证或技术鉴定机构鉴定作为证据提供。

电子数据经磁性载体反映到数据显示设备上表现的形式是多种多样的，不仅可体现为文本形式，还可以图形、动画、音频、图像、视频等多媒体形式出现，计算机运行的程序语句以及它们的复合形式，也可以输出到计算机外部设备上，也极大改变了传统证据的运作方式，更使电子证据具有复合性的特点。

2.2.5 技术性

电子证据是现代高科技发展的重要产物和先进成果，是现代科学技术在诉讼证据上的体现，它与其他证据相比技术含量高，可以反复重现。如果没有外界的蓄意篡改或差错的影响，它很少受主观因素的影响，具有较强的证明力。也正是由于电子证据的技术性，很多电子证据的收集和审查判断，往往需要计算机专家凭借尖端技术来进行。

2.3 电子数据在司法界的证明力

在明确了电子证据的法律地位之后,为了使电子证据能够在司法实践中得到运用,必须对电子证据进行两方面的研究:第一,什么样的电子证据能够进入司法程序,即电子证据的证据能力问题;第二,电子证据进入司法程序之后能够起到多大程度的证明作用,即电子证据的证明力问题。

2.3.1 电子证据的证据能力

我国学界普遍认为,证据必须符合真实性、关联性、合法性的标准才能作为有效的证据,才能作为认定案件事实的依据⁵。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 50 条规定:“质证时,当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性,针对证据证明力有无以及证明力大小进行质疑、说明与辩驳。”虽然本条是关于质证对象的规定,即证据的“三性”——真实性、关联性、合法性,但是,法院在认定证据的法律效力时也是围绕这三性来决定是否予以采纳。

电子证据的证据能力的认定也以证据的“三性”为标准。证据的真实性是指用于证明案件事实的材料必须是真实存在的,不是想象的、虚构的、捏造的。证据的真实性分为形式上的真实性和实质上的真实性,实质上的真实性也可称为内容的真实性。由于我国法律对于证据的证据能力和证明力标准的规定不是很明确,于是,许多学者认为审查证据的真实性应从形式和内容两方面进行审查。笔者认为,证据形式上的真实性应属于证据能力的范畴,即证据是否能进入司法程序;证据内容上的真实性应属于证明力的范畴,即证据的证明力大小。因此笔者赞同何家弘教授的观点:“真实性,即形式上真实的简称,是指用于证明案件事实的证据必须至少在形式上是或表面上是真实的,完全虚假或伪造的证据不得被采纳。”

2.3.2 电子证据的证明力

电子证据的证明力是指电子证据能在多大程度上证明案件事实,电子证据

5 熊志海,王静.网络证据之形式问题研究[J].重庆邮电大学学报:社会科学版,2011(4).

是否具有真实性、关联性、合法性解决的是证据能力的问题，即能否进入诉讼程序中，而电子证据的真实性程度、关联性程度则负责解决证明力问题。在此需要说明的是，合法性属于证据能力问题，与证明力无关。联合国国际贸易法委员会 1996 年的《电子商务示范法》第 9 条第 2 款强调了对电子证据生成、储存、传输、保存方法的可靠性进行严格的审查：“在评估一项数据电文的证据时，应考虑到生成、储存或传递该数据电文的办法的可靠性，保护信息完整性的办法的可靠性，用以鉴别发端人的办法，以及任何其他相关因素。”该法的第 8 条强调了考察电子证据完整性的标准，包括电子证据最终的形态是否是其生成时的形态、信息是否可以完整展示、信息内容是否保持完整、未经改变以及参照信息生成的目的具体判断原则。法官在审查判断电子证据的证明力时难以把握“真实性程度”这个比较模糊的概念，《电子商务示范法》设置了一系列具体的规则，通过审查电子证据的可靠性以及完整性来认定其证明力大小，因此，我们可以用“可靠性”、“完整性”来指称“真实性程度”。

2.4 电子数据审查判断的特殊性

2.4.1 对电子数据原件的识别

诉讼中应当提交证据原件是各国普遍适用的规则。电子证据是存储于电子介质中的数据信息，在证明案件事实时需要将数据编码转化为人们可以识别的形式，从而引发电子证据的原件如何识别的问题。在调查收集证据的场合，电子证据的原件应当指最初生成的电子数据及其首先固定所在的各种存储介质，如果某一电子证据首先固定于某块计算机硬盘上，则该硬盘或其上的电子数据就是原件；如果某一电子证据首先固定于磁带、软盘或光盘上，则磁带、软盘、光盘或其上的电子数据就是原件。在举证、质证和审核认定证据时，应当进行适当的变通。

联合国国际贸易法委员会在《电子商务示范法》将具有最终完整性和可用性等功能的电子复本规定为原件，只要数据电文确实起到了在“功能上等同或基本等同”于书面原件的效果，即视为一种合法有效的原件。

学者观点认为可以视为电子证据的原件包括：

- 准确反映原始数据内容的输出物或显示物。
- 具有最终完整性和可供随时调取查用的电子复本。
- 双方当事人均未提出原始性异议的电子复本。
- 经过公证机关有效公证、不利方当事人提供不出反证推翻的电子复本。
- 附加了可靠电子签名或其他安全程序保障的电子复本。
- 满足法律另行规定或当事人专门约定的其他标准的电子复本。

2.4.2 对电子证据完整性的认定

电子证据的完整性是证据证明力的重要指标，也是构成电子证据原件的一个要素。电子证据形式上的完整性是指电子证据必须保持生成之时的原状，包括格式调整在内的任何更改都将视为完整性受到损害。

电子证据内容上的完整性是指电子证据自形成之时起，其内容保持完整、未遭到非必要的添加或删除。非必要的添加或删除是指对电子证据进行了关键性的更改，但对在电子文件进行格式调整，加入页眉、页脚，注明来源，形成过程和取得日期等非关键性的更改，并不影响电子证据的完整性。

3. 电子数据的实践应用新探索

3.1 问题的提出

电子数据应用如此之广，当双方发生民事纠纷时，保留在电子媒介中的相关信息，就可能成为重要的甚至是唯一的证据。据统计，在婚姻情感纠纷、劳资纠纷、商业纠纷、名誉侵权纠纷等诸多案件中，当事一方或双方提交电子数据作为证据的情形越来越多。

作为信息化时代的产物，与传统证据形式相比，电子数据证据有着截然不

同的突出特性⁶。电子数据易变、易改无痕、不易固化和归档，比如只要从网上下载一个软件，不需要很高的网络技术水平，就可以对 QQ 的聊天记录进行修改。而人民法院审理案件对证据的要求是“相对固定的、没有被篡改的、能在法庭上直观呈现并能卷宗归档的”。两者之间的矛盾决定了电子数据在司法实践中很难被认可，因为法官无法确认当事人呈现的电子数据是原始的、未被篡改、真实的。

以下这个案例可以很好地说明这个问题。2015 年 2 月 5 日，上海市浦东新区人民法院就一审宣判了一起“微信借条”案，对微信证据效力做出了判定。

张某是原告深圳牛樟芝制药有限公司的法定代表人，李某是被告樟芝（上海）投资中心的法定代表人。2014 年 7 月 10 日，原告向被告投资中心汇款人民币 5 万元，并在客户回单用途摘要一栏写上“借款”字样。借款后，被告于 7 月 11 日写了一张借条，然后通过微信拍照的方式发给了原告公司法定代表人张某。庭审中，原告方律师当庭出示手机微信照片，证明被告向原告借款的事实。

原告所称的“微信借条照片”，载有“樟芝（上海）投资中心有限合伙向深圳牛樟芝制药有限公司借款人民币 5 万元”字样，借款人处有两被告印章。“借条”除日期外其余内容均为打印。

而两被告则坚持认为，原告和被告樟芝（上海）投资中心不存在借款关系，原告系被告投资中心的合伙人，因各合伙人出资款均未到位，故原告出资 5 万以保证被告樟芝投资中心正常运营。5 万元不是借款，不应当返还。对于客户回单，被告反驳道：“用途摘要由原告自行填写，是原告自己的意思表示。”至于微信照片，被告则对其真实性有异议。

针对原告、被告对 5 万元微信借条真实性的争议，主审法官冯静审理后认为，原告未能充分证明微信照片中的借条真实存在，也未能证明微信照片为被告方所发，故法院无法采信。上述案例中的微信借条，其作为电子数据

6 戴中祥．电子证据采信规则探讨[J]．湖北警官学院学报，2003（3）．

证据之所以未能获得法院支持，根本原因就在于法院无法确认借条主体及借条内容的真实性。

3.2 第三方取证生态系统建设

证据必须符合合法性、真实性和关联性，对电子数据证据而言，其真实性是最大的硬伤。对于电子数据证据这类可能灭失或今后难以取得的证据，很多公民都选择了对其进行公证的方式来进行固定和保全。根据《民事诉讼法》及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的规定，经过法定程序公证证明的法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据，但有相反证据足以推翻公证证明的除外。依职权制作的公文书的证明力一般大于其他书证。可见，在没有相反证据的情况下，办理了保全证据公证的电子数据是可以作为认定事实的根据，且证明效力一般大于其他书证。

司法解释对电子数据的详细规定，公众对电子数据公证需求的与日俱增，是司法界一个里程碑的进展，同时也带来了诸多理论和实践上的挑战。

总的来说，电子数据的公证因为涉及诸多网络技术和电子设备，在实际审查认定中会碰到很多难题。比如公司之间的合同、催款函、承诺书等，可以公证，当然必须在公证处的计算机进行操作。但如果涉及个人隐私、个人之间借贷的手机微信、短信以及其他电子数据，为了谨慎起见，公证处一般不受理。比如张三称李四向他借钱，有对方的手机短信为证，要求做公证，但公证处无法确认短信是否由李四本人亲自发出，是否出自其本意，因为有可能李四的手机被人冒用了。要弄清短信是否由李四本人亲手发出，只有靠司法机关去调查，而公证处没有这种权力。

必须注意到，电子数据在安全性方面存在隐患，容易遭到病毒、黑客的侵袭，容易被当事人伪造、篡改、损毁，丧失原本的样态。电子数据的存取、阅读和传输依赖于现代信息技术的支撑，提取证据需要相应的电子设备和专业人员，而一般公证处人员往往不具备这样的技能。

因此，建立第三方取证系统的呼声日益高涨。通过建立第三方取证平台，

在数据生成和创建、数据传输和存储以及数据取证等多个环节提供安全防护保障，实现由纸化公证书向电子公证书转变，保障电子数据证据的真实性、合法性、相关性，与公证处建立无缝衔接。

数据生成和创建：从数据生成和创建时就同步实施“实时完整性备份”，在第一时间（最短的时间）解决了证据固化和保存。

数据传输和存储：最高级别加密传输保护、公安部完整性鉴别、分布式云存储隔离和安全防护保障，解决数据实时同步备份过程及存储过程中被篡改的问题，从而保证证据的真实性。

数据取证：建立专用独立的公证取证通道，让公证机关直接进入数据库后台调取已备份保全的电子数据，并以公证书的形式对此取证过程和电子数据内容进行直观呈现和形式固定，解决证据取得、法庭质证呈现及归档问题。

3.3 我国电子数据的相关产业和技术发展

3.3.1 安存语录

2012年11月，杭州安存科技公司联合电信运营商、阿里云计算、公证机构共同推出安存语录，是首个一站式语音数据保全公证解决方案，可对通话内容进行实时录音保全。目前，已成为淘宝官方唯一认可的第三方语音维权工具，司法效力获人民法院认可。该系统确保了通话内容的完整性、真实性和可靠性，为日后还原原始通话内容提供了保障。

3.3.2 网易公正邮

2014年9月，网易“公正邮”业务正式对所有网易邮箱用户开售，首日实现注册用户13万人。“公正邮”业务为电子邮件的数据保全提供解决方案，为日后将电子邮件作为证据提供了保障。

3.3.3 存证云平台

“电子数据-存证云平台”主要包括录音存证宝、存证邮、随手拍等产品。

录音存证宝是手机 APP 软件（包含安卓版、苹果 iOS 版）。用户通过智能手机下载 APP，使用通话录音存证、现场录音存证、拍照录像存证等功能，并可随时通过手机对存证证据进行查阅和管理。所有证件文件可以申请相关司法鉴定机构出具鉴定文书。

存证邮是邮箱商通过与存证云平台的无缝对接，便于用户对电子邮件进行证据固定保全，并由存证云提供司法鉴定在线出证的一项服务。

随手拍是按照行政机关对录音、拍照、录像、网页等取证规范定制，依托存证云平台保障证据效力，为鼓励群众举报违法违规行为、建设智慧城市提供的专用手机软件。

3.3.4 无忧保全平台

2014 年 8 月，针对数字作品和网页保全的“无忧保全”平台正式进行上线公测。无忧保全致力于解决互联网时代版权保护以及成为网络侵权举证的平台。该平台以支付宝同等安全级别的阿里金融云为存储基础，依托公安部标准完整性鉴别，将版权内容或侵权证据安全、完整、即时保存。

目前，京东医药商城电子处方正与安存科技接洽合作，致力于建设电子处方存储保全解决方案，为医药电商保驾护航。未来，在司法数据云存储保全标准、国家组织机构代码查询证明保全标准、鉴定数据云存储保全标准、商业交易数据云存储保全标准、教育医疗金融数据存储保全标准以及企业软件开发、工艺设计图、商业秘密数据云存储保全标准等方面有望提出解决方案。

3.3.5 国信电子证据保全平台

北京国信嘉宁数据技术有限公司（以下简称国信嘉宁）整合国家信息中心在电子数据司法鉴定与保全、信息与网络安全研究评估、电子政务等领域的技术资源和业务能力，开展信息系统法律风险评估、电子数据司法有效保全、电子数据司法鉴定等方面的业务，将电子数据的司法证明力前置为事前风险控制力，创设第三方电子证据保全平台——“国信电子证据保全平台”，为政府、企事业单位及互联网用户提供电子证据保全服务。

3.3.6 新的电子数据取证模式

厦门美亚柏科公司的电子数据取证设备和软件包括取证魔方、手机取证系统、手机取证专用机、电子数据擦除塔、存储卡获取设备、电子数据取证综合勘查平台、现场获取设备、多功能高速硬盘复制机、取证塔、取证大师、多功能数据擦除机等。针对互联网和移动互联网，逐步建立了取证云，通过邮件取证、GPS 取证、远程取证、关联查询等手段获取更多的取证数据，有利于司法部门工作的进展。

时间戳的出现有利于进一步证明电子文件产生的时间及内容完整性，解决电子文件的内容和时间易被人为篡改、证据效力低、当事人举证困难的问题。按照《中华人民共和国电子签名法》的有关规定，加盖了时间戳的数据电文（电子文件）可以作为有效的法律证据，达到“不可否认”或“抗抵赖”的目的。

4. 推动第三方电子数据取证平台建设的措施建议

4.1 打造电子数据信息汇聚平台

信息的易删改性及人们的保密等要求，为电子数据的生成、传输和储存提出了更高的要求。且与传统书证、物证不同，电子数据的虚拟性决定了其在遭遇篡改情况时，可以做到不留痕迹。因此，电子数据对运行环境和技术手段的依赖程度很大。

通过推动建立得到认证的统一的电子数据存储中心，搭建电子证据信息汇聚平台，做好电子数据提取、审查等工作，促进电子数据与司法制度和法律法规的进一步结合。

4.2 搭建电子数据公证保全平台

受云计算环境技术发展的影响，侵犯个人隐私与企业商业机密等网络犯罪行为在向着大规模、分布式发展，研究在云计算环境下电子证据的公证保全问题，对维护个人隐私、企业间公平竞争以及国家数据安全具有重要意义。

通过搭建电子证据公证保全平台,配合开展对电子数据证据进行提取与固定,实现由纸化公证书向电子公证书转变,保障电子数据证据的真实性、合法性、相关性。

4.3 搭建电子数据取证方法培训平台

配合开展面向全国公证处公证人员、法院法官、律师的培训,引导和督促互联网企业合理使用数据,及时保存数据、合法提供数据。

举办大型电子证据专题论坛,分别面向公证人员、律师和法官开展,加强电子证据行业宣传推介,充分发挥政府与企业、企业与企业的桥梁纽带作用。

4.4 打造电子数据鉴定专家智库

在司法领域打造专家智库,对电子数据证据规则深入研究,为电子数据鉴定提供技术支撑。

4.5 推动相关各方共同参与

公众需要树立并强化保存电子数据的意识,保存好原始证据,及时到公证机关申请公证,以增强电子证据的效力;司法部门需要在总结司法实践经验的基础上,出台提取、保全、认定、公证各类电子数据的相关细则,规范电子数据证据的收集和认证;公证处需要加强对人员的培训或引进专业人员,增添相应的设备,不断提高开展电子数据公证的能力和水平,不断满足社会的实际需求。

5. 结语

综上所述,本文从电子数据取证存在的风险和挑战出发,从法律与技术相结合的角度进行研究,深入分析了电子数据的概念和特性,并结合实践应用介绍了我国电子数据的相关产业和技术发展,提出推动第三方电子数据取证平台建设的措施建议,希望能够为净化网络空间、维护网络安全,促进我国互联网持续健康发展贡献一份力量。

08 网络云盘版权侵权问题及规制对策

司 晓 刘政操

司 晓 腾讯公司公共战略研究部总经理 腾讯研究院秘书长

刘政操 腾讯公司法务综合部视频维权总监

随着互联网技术的发展和演变，侵权手段和模式不断花样翻新，从盗版网站，到 P2P 分享和下载，再到盗链、深度链接。近期随着云计算技术的兴起，提供分享、搜索、读取、下载等开放服务的网络云盘成为了版权侵权的新方式¹。然而，在现行法律体系之下，云盘服务商即使放任、帮助、唆使或者引诱用户侵权，乃至与他人分工合作、共同提供侵权作品，只要形式上符合避风港规则的要求，仍然有可能获得避风港原则的庇护，从而免于承担版权侵权责任，这造成了版权保护的失衡。

1. 网络云盘成为新侵权模式的中心

网络云盘（以下简称“云盘”）是互联网云技术的产物，通过互联网为用户

1 云盘问题成为全球性问题，在美国已经出现云盘运营商承担刑事责任（获刑 3 年，支付罚金和赔偿共计约 10 万美元）的判例，如，RockDizMusic.com 将服务器先后设在法国和加拿大，用户可通过该网站免费下载版权音乐单曲和专辑的侵权电子副本，Rocky Ouprasith 通过收取高级用户订阅费和广告费获取收益，并无视版权人的投诉。见 Michael Cooney, music cyberlocker downloads 36 months of jailtime [EB/OL]. Network World, Nov 17, 2015.

提供信息存储、下载、读取、分享等服务,具有安全稳定、海量存储的特点。国内网盘产品大都具有前述功能,本质上属于网络信息存储空间服务。然而,正是由于具有这么多的快捷功能,网盘已经沦为侵权重灾区。近两年来,通过网盘实施盗版侵权、传播侵权作品的现象越来越严重,大量盗版视频、音乐、小说等内容被非法上传至各大网盘,供网络用户观看、下载以及转发、分享。

在国家新闻出版广电总局出台《关于进一步落实网上境外影视剧管理有关规定的通知》(新广电发〔2014〕204号,俗称“限外令”)之后,利用网盘侵犯著作权的现象更是肆无忌惮。“限外令”明确视频网站引进境外影视作品须遵守“数量限制、内容要求、先审后播、统一登记”四项主要原则²,这一规定使得境外首播与国内视频点播上线的“空窗期”,给了侵权人以可趁之机。在“空窗期”内,追剧的影迷们可以通过网盘、小网站、论坛、微博、贴吧等搜寻境外影视作品,大量未经授权的境外影视作品通过云存储空间进行分享和传播。

以搜狐视频享有独家信息网络传播权的海外剧《纸牌屋》第三季为例,在该剧在美国 Netflix 网站全集播出而尚未在搜狐视频上线的两个半月内,国内盗版肆意横行,网盘侵权链接累计近400条³。再比如,自2015年4月13日HBO《权力的游戏》第五季上线起,在不到一个月的时间内,国内独家版权方腾讯视频共计发现和处理网盘侵权链接826条。又如优酷视频独家版权电视剧《海德哲基尔与我》,该剧自2015年1月21日在韩国SBS点视频上线播出起,截止到2015年3月26日,国内盗版愈演愈烈,其中网盘类网站盗版最为严重,此类侵权链接606条,占各类侵权链接总数的52%⁴。

国内热播影视剧也没有幸免于难。2015年国庆档,国产电影《港囧》上映

2 参见“国家新闻出版广电总局关于进一步落实网上境外影视剧管理有关规定的通知”,<http://dy.chinasarft.gov.cn/html/www/article/2014/01493bffd6528a0402881a7470edaf0.html>,2015年11月3日首次访问。

3 参见“网盘成打击盗版下一风口 版权局界定明知应知规则”,<http://www.51ad.com/xinwen/hangye/index1398.html>,2015年11月4日首次访问。

4 参见“网盘成打击盗版下一风口 版权局界定明知应知规则”,<http://money.163.com/15/1028/18/B71JVQ000253B0H.html>,2015年11月4日首次访问。

第二天，云盘中就出现了高清盗版影片，导演徐峥发文怒斥盗版，引发业界关注⁵。国产动漫片《西游记之大圣归来》在狂揽8亿（元）票房的同时，盗版资源也在各大云盘遍地开花。根据第三方监测机构提供的数据，仅在2015年7月13日至16日四天内，《西游记之大圣归来》的侵权链接就达333条⁶。冠勇科技的监控数据显示，在2015年上半年监测的大部分院线大片中，网络云盘的侵权量占各类传播渠道侵权量的10%~20%，有的甚至超过20%⁷。

由上可见，以云盘为中心的新侵权模式给整个正版视频市场带来了前所未有的挑战，导致正版视频网站用户流失严重，形成了劣币驱逐良币的恶性循环。

2. 现行版权法体系下网络云盘侵权规制困境

2.1 网络云盘侵权的主要模式

总体来看，利用云盘侵权主要有两种模式。一种是直接侵权。即云盘对他人上传的侵权内容提供搜索、播放服务，实施直接侵权。更有甚者，云盘利用社交网络等网络渠道向关注者推广、推荐盗版内容，支持离线下载功能，可以实现一键存储和在线播放。通过相关小网站获得的URL或BT种子，也可以通过云盘的离线下载功能瞬间实现在线下载和在线观看。第二种是共同侵权。云盘与小网站、播放器分工合作，共同实施侵权行为。在这种侵权模式下，视频网站（展示端）由三无小网站或网友通过网页、微博、论坛、贴吧等形式来完成，对外展示侵权作品，吸引用户和流量；由指定的播放器（工具端）隐藏侵权链接和侵权作品存储位置并提供解码服务；服务器（存储平台）由云盘来完成。三者共同完成了一个侵权环节，具有隐秘性，很难搜集到共同侵权的证据。

5 参见“如何规范云盘服务版权秩序？”，<http://www.dhipr.com/DH/detail2/12670.aspx>，2015年11月4日首次访问。

6 参见“云盘成为盗版视频资源的‘灰色伊甸园’”，<http://tech.sina.com.cn/i/2015-08-10/doc-ixftvni8877736.shtml>，2015年11月4日首次访问。

7 参见“云盘传盗版电影时代或将终结”，http://finance.eastmoney.com/news/1360_20151029560516523.html，2015年11月3日首次访问。

同时，云盘为用户提供多种分享入口帮助侵权。云盘不仅具有存储功能，也具有分享功能。比如，部分云盘为分享者提供积分或者奖励，鼓励用户上传并分享侵权内容，甚至对用户上传的内容进行编辑、推荐、排名等加工。

2.2 网络云盘侵权规制的法律困境

我国2006年《信息网络传播权保护条例》引进了美国《数字千禧年版权法》（简称《DMCA法案》）中的避风港规则，其中第22条规定：“网络服务提供者服务对象提供信息存储空间，供服务对象通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品，并具备下列条件的，不承担赔偿责任：（一）明确标示该信息存储空间是为服务对象所提供，并公开网络服务提供者的名称、联系人、网络地址；（二）未改变服务对象所提供的作品、表演、录音录像制品；（三）不知道也没有合理的理由应当知道服务对象提供的作品、表演、录音录像制品侵权；（四）未从服务对象提供作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益；（五）在接到权利人的通知书后，根据本条例规定删除权利人认为侵权的作品、表演、录音录像制品。”

云盘在根本意义上是信息存储空间，尽管很多云盘除了方便用户存储信息，也会提供下载、转码、在线播放、分享等多项技术支持，但这些技术支持是否侵犯版权难以认定。此外，云盘服务商在一些服务中指定的播放器本身提供的就是解码等技术服务，可以通过技术中立原则进行抗辩，从而免责。所以，在我国现行版权法律体系之下，云盘可以享受避风港规则待遇。

2.3 网络云盘侵权规制的维权困境

云盘利用他人上传的内容实施侵权行为，不管是提供具有直接侵权性质的搜索、播放、下载服务，还是提供分享入口、帮助侵权，抑或与三无网站分工合作、共同侵权，在实践中都可能引用避风港规则来免责；其他侵权主体也可能因为侵权环节分散、证据难以搜集而免于承担责任。这给权利人维权提出了很大一个难题。云盘下的维权困境主要表现在：

第一，云盘一般只要求用户利用电话号码、QQ号码、电子邮箱等进行注册，

未采取实名制，也不要求提供地址、联系方式等信息，所以即使发生侵权也可能无法找到具体的侵权人。因此，一方面云盘可以借助避风港规则的免责条款来逃避法律责任，另一方面侵权人也可能因为无法找到而不被追究。此外，即使权利人发出通知并且云盘服务商惩处了某个账号的持有人，然而该账号持有人可以很轻易地重新申请一个新账号，重新上传、分享侵权内容，而云盘服务商根本察觉不到，使得通知-删除规则流于形式。

第二，小网站一般都未进行实名登记，也没有进行备案，所以即使认定小网站侵权，也很难找到侵权人，即使找到侵权人也没有赔偿能力，维权成本巨大，维权效益却很低。

3. 构建网络版权和产业良好秩序的建议

“剑网 2015 专项行动”将规范云盘服务版权秩序纳入其中，有业内人士表示：“原因在于这两年云盘服务上的盗版现象越来越严重，甚至有产业化的形式，特别是对于境外视频影视剧，由于国内‘先审后播’的规则限制，大量未经授权且未经审查删改的境外影视作品会通过云盘进行分享及传播。”⁸作为“剑网 2015 专项行动”成果之一，2015 年 10 月 14 日，国家版权局下发《关于规范云盘服务版权秩序的通知》（以下简称《通知》），明确了云盘服务商的义务、通知-删除规则、注意义务等方面的规定，对于云盘侵权和盗版起到了一定抑制作用，结合这一规定以及当前的版权产业形势，笔者提出以下几点建议。

3.1 完善避风港

首先，在通知-删除程序方面，此前的版权法律并没有对通知-删除做出细化规定，只要求网络服务商在接到权利人符合要求的侵权通知之后及时屏蔽、断开、删除侵权内容或者侵权链接。《通知》第 4 条要求云盘服务商在云盘首页

⁸ 参见“国家版权局界定‘明知’与‘应知’规则”，<http://www.legalweekly.cn/index.php/Index/article/id/8821>，2015 年 11 月 5 日首次访问。

显著位置表明投诉方式，并在接到权利人侵权通知后 24 小时内移除侵权内容，这保证了通知-删除程序的时效性，可以及时防止侵权扩大化。

其次，信息存储避风港规则的要件之一就是不知道也没有合理的理由应当知道用户的侵权行为，或者在知道用户的侵权行为之后，及时采取措施移除侵权内容。《通知》更加明确了云盘服务商的明知、应知义务，所以在明知、应知义务方面，云盘服务商应当主动履行其注意义务，不能对用户的侵权行为视而不见，更不能为之提供帮助或者教唆，否则就不能获得避风港规则庇护。

最后，建立对重复侵权用户的惩处机制。《信息网络传播权保护条例》并未要求网络服务商建立类似的机制，但是依照《DMCA 法案》，网络服务提供者获得避风港规则庇护的一个前提就是建立重复用户惩处机制。《通知》第 10 条要求云盘服务商建立侵权用户处置机制，给予列入黑名单、暂停或者终止服务等处置。

3.2 规范网络云盘功能和使用

云盘本身并不是违法产品，但是，云盘最核心的功能是供用户上传、存储数据，然而在云盘发展过程中，出现了很多云盘不应当有的功能，比如为用户上传的内容提供在线播放、转码、解码、分享、BT 下载、URL 下载等功能，甚至有些云盘还对用户上传的内容分门别类地进行编辑、推荐、排名，甚至进行推广，这已经超出了单纯的信息存储服务，而且云盘的大部分用户是个人，这些多出来的功能往往和侵权相挂钩，其目的难谓正当。所以，《通知》第 7 条禁止云盘对用户上传、存储的作品进行编辑、推荐、排名等加工，不得违法分享作品。

另一方面，《通知》第 2 条要求云盘服务商建立必要的管理机制，运用有效技术措施，主动屏蔽、移除侵权内容，防止用户违法上传、存储并分享他人作品。其一，云盘服务商应当要求用户提供必要的个人信息，并保存用户姓名、账号、网络地址、联系方式等注册信息，并采取措施防止同一侵权用户再次上传侵权内容。其二，采用技术化手段移除、阻止侵权内容的传播。比如，国外

知名的云盘 Dropbox 就采用“文件哈希值匹配黑名单”技术来检查共享文件的哈希值是否匹配到禁止清单，如果匹配，就阻止文件的上传或者分享⁹。这样既可以防止侵权内容被传播、分享，又不会查看用户私人文件夹，不会侵犯用户隐私。国内公司也推出了云盘 UGC 内容版权过滤系统，此外，也可以利用关键词、md5 码、头文件识别、数字指纹识别、抽帧识别比对等技术手段识别、移除侵权内容。正如熊琦副教授所言，要求网络服务提供者首先自查和自我监管，不但有助于节省版权监管部门有限的执法资源和成本，更能够有效减少云盘服务商日后在司法上面临的诉讼压力。

3.3 加强行政保护和版权行政执法

司法、行政双管齐下是中国特有的执法机制。行政执法相较于司法具有快速、成本低的特点，能够及时有效地遏制盗版。2010 年 7 月，国家版权局、公安部、工业和信息化部等联合发起“剑网行动”方案，雷厉风行地打击网络盗版。2010 年 11 月，国家广播电影电视总局印发《广播影视知识产权战略实施意见》，宣布实施打击侵犯知识产权的专项行动。在行政执法的巨大压力下，主流视频网络服务商被迫对网站内容进行审查，差不多在一夜之间删除了绝大部分盗版视频。仅“剑网 2015 专项行动”期间，各地就共查处案件 440 起，移送司法机关 66 起，关闭网站 750 家。当下我国网络视频价格不断快速增长，也充分验证了行政执法对恢复健康网络版权交易市场的积极作用。因此，在未来一段时期内，在互联网版权行为规则的建设方面，行政执法仍将发挥巨大作用。尤其是在云盘执法方面，考虑到云盘侵权往往举证难度大、维权周期长，但云盘侵权传播快、规模大，如果不及时加以制止，势必给权利人带来难以弥补的损失，所以版权行政执法就显得尤为重要。

⁹ 参见“云盘如何知道你在分享侵权文件”，<http://www.ithome.com/html/soft/79885.htm>，2015 年 11 月 5 日首次访问。

09 互联网专利界定和审查建议

王 澍 刘庆峰 李 睿 黄 晶

王 澍 奇虎 360 知识产权经理

刘庆峰 国家知识产权局专利局专利审查协作北京中心 审查员

李 睿 奇虎 360 专利顾问

黄 晶 奇虎 360 知识产权总监

重庆知识产权学院兼职教授

据统计，全球互联网公司 10 强中，中国占有 4 席，当前中国的互联网站达 413 万家，网民有 6.68 亿人，手机用户有 13 亿人，智能手机上网用户也突破 5 亿人。互联网经济在国内生产总值（GDP）中占比达 7%，占比超过美国，中国互联网经济增长速度有两位数，而且是以 30% 的速度递增，这样的速度在全世界是绝无仅有的，中国已经成为最大的互联网市场，互联网经济正成为带动中国经济增长的新动力。我国政府首次提出“互联网+”概念，并写入了 2015 年《政府工作报告》：“‘互联网+’是把互联网的创新成果与经济社会各领域深度融合，推动技术进步、效率提升和组织变革，提升实体经济创新力和生产力，形成更广泛的以互联网为基础设施和创新要素的经济社会发展新形态。”之后，“互联网+”行动进一步深入开展，互联网逐渐渗透入人们生活的方方面面，影响着人们的生产和生活方式。

1. 需要界定互联网专利以适应互联网领域创新特点

根据国家知识产权局公布的 2015 年企业发明专利申请量前 10 位排名，小米、奇虎 360 两家互联网公司分别以 3183 件和 2777 件入榜，腾讯凭借连续多年的千件专利申请量，2016 年总申请量预计过万件，乐视近期更是声称其全球专利申请量已达到 11 751 件，仅 2015 年 12 月单月的专利申请量就超 1200 件。2016 年 3 月 10 日，北京知识产权保护协会发布《互联网行业专利管理能力分析报告》显示，国内为首的六家互联网公司腾讯、阿里巴巴、360、百度、小米以及乐视的发明专利申请量近些年呈现迅猛上升趋势，各家在 2015 年专利申请量都纷纷过千。

可以预见，在各大互联网公司的创新比拼和专利申请量的带动下，整个互联网行业已经成为知识产权创造最为活跃的领域，正在实施的“互联网+”行动计划，更是为知识产权的发展带来了新的机遇。

随着近些年互联网技术蓬勃发展，互联网领域的创新成果与传统电学、通信领域有了显著的不同，然而，按照现今我国参照的国际专利分类方式，在界定哪些专利属于互联网领域的创新成果，以及“互联网+”经济社会各领域融合的创新成果时，无法将其与传统物理和电学技术做有效区分，进而使得在统计互联网相关专利数据、评价互联网创新能力时没有依据，更无法为互联网行业发展起到数据指导的作用。另外，互联网领域创新模式以及对知识产权保护的需求相比一般物理和电学领域更有其显著的特殊性。

1.1 以用户体验为检验创新效果的标准

互联网创新的最大特点就是：“问题先行、用户为王”。互联网产品的目标就是解决用户的实际需求和 Usage 上的不便，真正做到了“用户就是上帝”。由于互联网产品开发成本较低且易于抄袭，导致同类产品功能类似，在这种情况下，互联网领域的创新多以用户体验为出发点，解决的是易用性问题。从用户角度来看问题，从行业巨头看不到、看不懂、看不起的小处着眼切入市场，通过快

速地、持续地改进产品的用户体验，从而达到颠覆市场格局的目标。

这种用户体验很多并不是通过多么高超的技术手段才能达到的，但这种体验实实在在反馈到用户规模增长和商业利润的提高中。因此，评定互联网创新的好坏靠的就是用户体验和效果，以及是否能带来商业上的成功，这样，在现行专利制度下对于技术效果中用户体验所占比重的评估，是互联网创新能否得到专利制度有效保护的基础因素之一。

1.2 创新迭代快，保护需求紧迫

在互联网领域，以“微创新”和“小步快跑”的方式检验创新产品的市场反应以及用户接受度，凭借不断改进和产品迭代从而一步步占领市场。例如滴滴打车 APP，从 2012 年 9 月投入市场后，其软件研发部门几乎每周迭代一次，持续迭代两个月后，产品终于定型，后续仍然不断更新 APP 版本，并在原有“打车”的基础上，增加了“专车”、“快车”、“代驾”、“顺风车”以及“巴士”等多种功能，基于用户体验和需求的变化，对于原有的功能也进行了自我调整，甚至自我颠覆。

然而，基于“微创新”的互联网创新模式却不得不面临同质化严重的问题，在打车软件兴起的阶段，除了滴滴打车，市面上还有快的、摇摇招车、易打车等十几个类似的 APP。有数据统计，中国互联网公司的平均寿命为三到五年，每一年自然死亡率在 20%~30%，而近两年这一寿命周期变得更短，最主要的问题就是产品同质化严重。根据 2015 年发布的《中国互联网公司最新最全阵亡名单》显示，涉及医疗、美业、婚嫁、房产、家居、出行、汽车、旅游、教育、餐饮、社区、零售、金融等 16 个领域的互联网 O2O 创业公司有千余家倒闭，其中大部分都是 2013—2014 年才刚成立的公司和项目。而现行的发明专利制度，发明专利公布时限是 18 个月，并且从申请到授权大概需要两年以上，其与互联网行业自身创新迭代的速度完全不匹配，即使在创新之初就提交发明专利申请，等到审查结论出来时，其创新者可能已经被别家抄袭丧失市场竞争力甚至已被淘汰，或者已经迭代的技术与创新之初大为不同，该专利即使授权也已无用武之地。

此外，对于很多“互联网+”创业公司来说，初期既缺少资金，又无法判断创新点能否通过新颖性和创造性审查最终获得授权保护，所以他们往往处于矛盾之中，既担心由于没有申请专利，其创新成果会被其他企业模仿甚至抄袭，同时又担心申请专利后，审查周期长，消耗资金、时间和精力，最终无法获得有效保护，徒劳无功。

1.3 注重应用层面和商业模式创新，底层技术比重较少

互联网行业的创新还有一个特点，就是底层技术创新的比重较小，而与用户交互的应用层面创新比重在扩大。随着智能移动终端的普及，在一项基础性技术开发出来之后，对其加以应用的方式是多种多样的。例如，手机的GPS定位功能，不仅可以应用于地图、导航领域，还可以应用于社交、餐饮、广告等多个一般不易产生互联关系的领域中。这是由于互联网产品主要是软件或者体现在使用过程中，与传统工业产品的有形性或者基于服务场所的服务不同，这种在信息内容的聚合、传播以及应用上的创新，所依托的底层技术大同小异，而呈现给用户的互联网产品则是多种多样，与不同的应用场景相对应，能够满足用户的不同的需求。这种创新在技术层面差距很小，但是在信息聚合、传播和应用层面千差万别，也就是从IT（信息技术）向DT（数据技术）的发展。

1.4 跨领域与传统行业相融合

随着中国已经成为最大的互联网市场，互联网经济正成为带动中国经济增长的新动力，依托互联网技术衍生的新型产业逐渐兴起，《国务院关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》提出了11类“互联网+”新商业模式，包括“互联网+”创业创新、“互联网+”协同制造、“互联网+”现代农业、“互联网+”智慧能源、“互联网+”普惠金融、“互联网+”益民服务、“互联网+”高效物流、“互联网+”电子商务、“互联网+”便捷交通、“互联网+”绿色生态、“互联网+”人工智能。在互联网与各传统行业高度融合趋势下，涉及互联网的专利也呈现跨领域性。

2. 需要完善专利分类体系以明确互联网技术分类

2.1 互联网专利现行分类不明确

按照现今我国参照的国际专利分类表（IPC 分类 2016.01 版）的分类标准，与互联网技术相关的专利一般被分到物理 G 部和电学 H 部中。表 3-1 涉及六大互联网公司（百度、腾讯、阿里巴巴、360、小米、乐视）历年所申请的专利数量占前五位的分类号的变化情况，可见，六大互联网公司历年来申请的专利所属分类号变化不大，且大量集中于 G06F17/30（涉及信息检索，及其数据库结构）、H04L29/08（涉及传输控制规程，例如数据链级控制规程）和 H04L29/06（涉及以协议为特征的）。而根据上述三个分类号的说明，并不能准确体现互联网技术特点，进一步参考表 3-2，上述三个分类号下的专利数量都在 4 万篇以上，同一分类号下如此多的专利数量，已经实质性地影响了检索和审查的效率。通过表 3-2 还可以看出，上述三个分类号下仅六大互联网公司专利数量占比较高，G06F 17/30 甚至达到 12%以上，因此，将互联网领域专利从上述三个分类号中再细分值得进一步研究。

表 3-1 六大互联网公司历年专利申请数量占前五位分类号变化情况

序号	2010 年之前	2010 年+2011 年	2012 年	2013 年	2014 年	2015 年
1	G06F17/30	G06F17/30	G06F17/30	G06F17/30	G06F17/30	G06F17/30
2	H04L12/58	H04L29/08	H04L29/08	H04L29/08	H04L29/08	H04L29/08
3	H04L29/06	H04L29/06	H04L29/06	H04L29/06	H04L29/06	H04L29/06
4	G06Q30/00	H04L12/58	H04L12/58	G06F9/445	G06F9/44	H04M1/725
5	H04L29/08	G06F9/44	G06F9/44	G06F9/44	G06F9/445	G06F9/44

表 3-2 六大互联网公司专利占相关分类号下专利数量比例

分类号	文献总数量	六大互联网公司文献数量	占比/%
G06F17/30	62 009	7638	12.32
H04L29/08	41 749	3426	8.21
H04L29/06	54 754	2880	5.26

2.2 互联网公司专利分类并未反映其业务变化

从六大互联网的业务形式来看,腾讯主要集中于QQ/微信等即时通信以及游戏,百度集中于搜索引擎,阿里巴巴集中于电子商务平台,360集中于互联网安全和搜索引擎,小米集中于智能终端和操作系统OS,乐视集中于视频内容分发。通过统计六大互联网公司专利申请数量占前三位的分类号情况可以发现(参见表3-3),除了乐视的专利分类号(H04N21/472)能较为准确地反映其主要业务集中在图像通信的内容分发、小米的部分分类号(H04M1/725)能反映其业务集中于无绳电话机外,其余互联网公司的专利主分类仍然在传统物理和电学领域最通用的分类号G06F17/30、H04L29/08和H04L29/06之下。可见,现行分类体系不能反映出各互联网公司业务形式的不同,无法精确完成互联网专利的分类,更无法适应“互联网+”形势下专利申请状况。

表 3-3 六大互联网公司专利数量占前三位的分类号情况

序号	腾讯	百度	阿里巴巴	360	小米	乐视
1	G06F17/30	G06F17/30	G06F17/30	G06F17/30	G06F17/30	H04N21/472
2	H04L29/08	H04L29/08	H04L29/08	H04L29/08	H04M1/725	H04N21/422
3	H04L29/06	H04L29/06	H04L29/06	H04L29/06	H04L29/08	G06F17/30

以腾讯和360的专利分类号历年变化趋势作为示例(参见表3-4、表3-5)。从2010年到目前为止,腾讯从原来的以即时通信为主发展到现在的即时通信、本地服务、购物等较多业务形式,360也从原来的PC安全优化产品为主延伸到现在的搜索引擎、智能硬件、奇酷手机以及人工智能等较多业务形式。两家公司业务形式都有较大变化,但从分类号上来看变化并不明显,也表明当前分类原则和体系已经不能适应互联网创新主体当前技术的发展现状,其势必更缺少技术前瞻性。

表 3-4 腾讯历年专利数量前五位分类号和业务变化表

时间	2010 年之前	2010 年+2011 年	2012 年	2013 年	2014 年	2015 年
分类号占五位排序	H04L12/58	G06F17/30	G06F17/30	G06F17/30	G06F17/30	H04L29/06
	G06F17/30	H04L29/08	H04L29/08	H04L29/08	H04L29/06	G06F17/30
	H04L29/06	H04L29/06	H04L29/06	H04L29/06	H04L29/08	H04L29/08
	H04L29/08	H04L12/58	H04L12/58	H04L12/58	H04L12/58	H04L12/58
	H04L12/16	G06F9/44	G06F9/44	G06F9/44	G06F9/44	H04N21/472
业务变化情况	QQ 腾讯网 游戏	QQ 微博 游戏	微信 QQ 电脑管家 游戏	微信 QQ 应用宝 游戏	微信 QQ 购物 应用宝 游戏	微信 QQ 支付 应用宝 游戏

表 3-5 360 历年专利数量前五位分类号和业务变化表

时间	2012 年之前	2012 年	2013 年	2014 年	2015 年
分类号占五位排序	G06F17/30	G06F17/30	G06F17/30	G06F17/30	G06F17/30
	H04L29/08	H04L29/08	H04L29/08	H04L29/08	H04L29/08
	H04L29/06	H04L29/06	H04L29/06	H04L29/06	H04L29/06
	G06F9/445	G06F9/44	G06F9/445	G06F9/445	G06F9/445
	G06F21/00	G06F9/445	G06F21/56	G06F9/44	H04W4/24
业务情况	安全查杀 系统优化 浏览器 网址导航	安全查杀 系统优化 搜索引擎 浏览器	安全/优化 搜索引擎 浏览器 手机助手	安全/优化 搜索引擎 智能硬件 浏览器 手机助手	安全/优化 搜索引擎 智能硬件 奇酷手机 人工智能 手机助手

2.3 对专利分类做进一步细分和扩展

从上述统计分析可以看出，目前的互联网专利在现行 IPC 分类体系中依然粗略被划分在 G06F17/30、H04L29/08 和 H04L29/06 等几个通用分类号下。而同样是在知识产权范畴下，商标近些年一直对注册用商品和服务国际分类进行修改，国家商标局根据尼斯联盟出台的新规定，又结合当前国内具体国情进一步做

了修订和完善，并予以正式施行，特别是近些年新增了多种互联网产品相关的商标服务，比如包括新增搜索引擎服务、点击付费广告服务、在线音乐播放、网站流量优化服务、社交网站服务以及云计算等在内的互联网产品和服务的商标保护项目。

同样，在当前专利分类体系下，可以借鉴商标分类修订的方式，进一步新增或细分对应多种互联网具体技术的明确分类，比如云计算、即时通信、社交网络、搜索引擎、智能硬件等，并可以做更前瞻性的扩展，比如人工智能、虚拟现实等。

基于我国国情对专利分类体系的修订必然是知识产权界的一大革新，不仅对于国家宏观层面判断给予了有力依据，也大大增强了企业的创新保护意识，同时极大促进了互联网行业更多产品和模式的创新。

2.4 明确标注互联网专利的“互联网+”特性

“互联网+”是把互联网的创新成果与经济社会各领域深度融合。从上述统计分析可以看出，目前的互联网专利在现行 IPC 分类体系中没有明确的分类，只是粗略被划分在 G06F17/30、H04L29/08 和 H04L29/06 等几个通用分类号下，并未体现其与不同领域的融合，也即未体现“互联网+”场景的变化。但是，IPC 分类体系在 2012.01 版本中适应性地增加了 G06Q 相关分类号，其专门适用于行政、商业、金融、管理、监督或预测目的的数据处理系统或方法，以及其他类目不包含的专门适用于行政、商业、金融、管理、监督或预测目的的处理系统或方法。如下所示，此分类主要涉及领域包括行政管理、支付、电子商务、金融、农业、制造业、电力、服务、教育及运输等。

G06Q 10/00 行政；管理

.....

G06Q 20/00 支付体系结构、方案或协议

.....

G06Q 30/00 商业，例如购物或电子商务

.....

G06Q 40/00 金融；保险；税务策略；公司或所得税的处理

.....

G06Q 50/00 专门适用于特定经营部门的系统或方法，例如公用事业或旅游〔8，2012.01〕

G06Q 50/02 · 农业；渔业；矿业〔2012.01〕

G06Q 50/04 · 制造业〔2012.01〕

G06Q 50/06 · 电力、天然气或水供应〔2012.01〕

G06Q 50/08 · 建筑〔2012.01〕

G06Q 50/10 · 服务〔2012.01〕

G06Q 50/12 ·· 旅馆或饭店〔2012.01〕

G06Q 50/14 ·· 旅行社〔2012.01〕

G06Q 50/16 ·· 房地产〔2012.01〕

G06Q 50/18 ·· 法律服务；处理法律文件〔2012.01〕

G06Q 50/20 ·· 教育〔2012.01〕

G06Q 50/22 ·· 保健，例如，医院；社会服务〔2012.01〕

G06Q 50/24 ··· 病历管理（用于科学用途的医疗或生物数据的处理入 G06F 19/00）〔2012.01〕

G06Q 50/26 ·· 政府或公共服务〔2012.01〕

G06Q 50/28 · 物流，例如仓储、装货、配送或运输〔2012.01〕

G06Q 50/30 · 运输；通信〔2012.01〕

G06Q 50/32 ·· 邮政电信（签发设备入 G07B 17/00）〔2012.01〕

G06Q 50/34 · 赌博或下注，例如，网络赌博〔2012.01〕

G06Q 90/00 不涉及有意义的数据处理的专门适用于行政、商业、金融、管理、监督或预测用途的系统或方法

可见上述分类号在一定程度上体现了部分“互联网+”的特点，比如体现“互联网+”现代农业的 G06Q50/02、体现“互联网+”协同制造的 G06Q50/04 和体现“互联网+”高效物流的 G06Q50/28 等，但是从现今分类运用效果上来看，其重视程度不高，主要作为副分类来使用，即一般一个互联网专利首先给予其技

术上的分类,如 G06F17/30 或 H04L29/06、29/08,并不必然给予一个上述 G06Q 所涉及的应用场景分类,因此 G06Q 这一有效体现“互联网+”的分类号并未得到重视和充分利用,无法通过其来对互联网专利进行界限区分。

基于此,为了实现互联网专利界定下的针对性审查,希望业界更加重视 G06Q 分类号的使用,对于明显属于“互联网+”的专利申请,将其作为主分类来使用,并与细分和增加的各种互联网技术分类相配合,从而将“互联网+”专利也从传统物理、电学中有效区分出来。

同时,随着“互联网+”行动的进一步深入,其必然会与社会各行各业进行融合。为了进一步与“互联网+”各行业相适应,建议扩展涉及“互联网+”便捷交通、“互联网+”绿色生态等方面的分类号,从而涵盖更全面的互联网专利生态,提高互联网专利索引效率,更有利于相关专利管理和审查。

3. 对互联网专利审查制度创新

按照现行专利法的规定,一项发明需要经过“申请—初步审查—早期公开—实质审查—授予专利”程序走下来,程序繁冗,虽然近几年国家知识产权局制定了缩短专利结案周期的目标以及一系列缩短审查周期的措施,但一般从申请专利到授权也还需要两年以上,而在互联网领域,两年或三年的审查周期仍然极大不符合行业需求,建议创建新型互联网专利审查制度:

首先可以依据申请人的声明,将互联网专利在提交时进行标注,初步审查时进行核实和筛查,并分配专利所对应的分类号;之后,在实质审查阶段可以借鉴日本专利局设置专门的审查室用于审查软件和商业方法专利的形式,增加设立一个专门审查互联网专利申请的部门,对互联网专利进行集中审查,提高审查效率,缩短审查时限。同时随着“互联网+”的进一步推进,与“互联网+”传统领域结合的专利申请更需要跨领域的审查机制相配合,基于此可以进一步推行独任/双任审查制,选拔具有跨互联网和传统领域的专业素质的审查员作为独任审查员,或以互联网领域和传统领域各一名审查员组成“1+1”的双任工作小组,专门负责处理互联网专利,从而也能进一步推动改革专利审查流程,将

一审多核制调整为完全的独任审查制或双任审查制，从而大幅缩短审查周期。

在审查标准方面，考虑到“互联网+”传统领域的融合中产生创新的特点，一部分利用已有的互联网技术，在应用层面上与传统领域生产方式/消费方式相融合，不对底层传输协议和物理传输介质进行改进；一部分利用已有的互联网技术，与传统硬件相结合产生的智能硬件，从而对传统生产或居民消费领域产生颠覆作用，其同样也不对底层传输协议和物理传输介质进行改进。此外，较多创新更集中于新的商业模式，以此来促进互联网与传统产业的深度融合。这种模式创新或融合性创新相对于传统专利创新来讲，应该更多地从应用层效果和商业模式的角度进行考量，在审查标准上可以通过新颖性严格审查，创造性侧重技术和商业效果的结合判断，进而缩短从申请到获得专利权的时间，充分发挥专利在市场中的竞争作用，可以使专利激励机制的回报功能有效发挥出来，激励我国自主知识产权的活力，有效促进我国“互联网+”各行业的繁荣，带动我国经济的发展。

专利本身就是创新的源动力，是实施创新驱动发展的支撑和保障。当专利自身制度不创新，且已经不能适应其所要保护的创新主体需求时，更需要勇于对制度自身进行革新和突破。

10 互联网机顶盒著作权侵权案件中 不同主体的侵权责任认定

刘 振

北京小米科技有限责任公司法务总监

与传统的数字电视相比，互联网机顶盒具有更为丰富的内容，且使用方式极为便捷，因此在家庭娱乐设备中占据了越来越重要的地位。由于互联网机顶盒所具有的“互联网+”基因，参与到该设备的生产销售、内容服务中的各方主体的法律性质较为模糊，进而导致在相关信息网络传播权侵权案件中对于各方主体的法律责任的认定也较为困难。在本文中，笔者将结合现行的产业政策及生效法律文书，就目前互联网机顶盒产品所涉及的信息网络传播权侵权案件中针对侵权责任所采用的审理实录进行简要分析及建议。

1. 互联网机顶盒的概念及历史产品形态

“互联网机顶盒”是“三网融合”的产物（三网融合是指广播电视网、电信网及互联网的融合）。“互联网机顶盒”（又称 OTT 机顶盒/Internet 机顶盒），其通过连接公共宽带网络获取互联网上的视频内容，并通过包括传统电视在内的显示设备向终端用户播放上述视频内容。简单来说，“互联网机顶盒”可以看成

是通过互联网获得视频节目的电视终端设备¹。

在互联网机顶盒产品出现初期，产品形态多样。一类机顶盒产品中预置提供搜索及链接服务功能的节目播出系统，即用户可以通过互联网机顶盒产品中内置的搜索软件定向 / 不定向地搜索互联网上由第三方上传、存储的视频资源，并通过互联网机顶盒所提供的链接服务来播放搜索到的视频内容。这类互联网机顶盒所提供的视频内容范围通常较为开放，既可能是互联网机顶盒生产商的合作方所提供的视频内容，也可能是从互联网搜索到的、由第三方提供的视频内容。另一类机顶盒产品，其预置的节目播出系统能够通过互联网链接到设备生产商自有的视频服务器提供视频播放服务²。

2. 现行产业政策及产品形态

为了加强对于互联网机顶盒所提供的视频内容的管理，国家新闻出版广播电影电视总局（以下称广电总局）于 2011 年 10 月陆续颁布了包括《持有互联网电视牌照机构运营管理要求》³在内的多个针对互联网视频终端的监管规定。并且，广电总局对于违反上述规定的产品采取了禁售等较为严厉的处罚措施。此后，不符合监管规定模式的互联网机顶盒，也就是被监管机构称为“山寨盒子”的设备，逐渐消失。

按照规定的要求，参与互联网机顶盒行业的主体被分为以下三类：互联网电视集成牌照机构、互联网电视内容服务牌照机构、终端产品生产商。其中，互联网电视集成牌照机构在三者中处于核心地位。一方面，由互联网电视集成牌照机构选定终端产品（即“互联网机顶盒”）生产商，向广电总局申请合法生产互联网机顶盒所必需的“客户端号码”。另一方面，互联网电视集成牌照机构

1 冯晓青，费帆．互联网电视著作权侵权问题研究[J]．知识产权，2016（2）。

2 参见（2011）朝民初字第 17348 号（民事判决书）。

3 参见广办发网字〔2011〕181 号文件。

将由互联网电视内容服务牌照机构所提供的视频内容接入“互联网电视集成平台”（互联网电视集成平台可以理解为互联网机顶盒产品中所搭载的、与互联网视频内容播放相关的全部软件系统，包括节目集成和播出系统、电子节目单“EPG”管理系统、客户端管理系统、计费系统、数字版权保护系统“DRM”等主要功能）以向终端用户播放。并且，根据 181 号文的规定，上述互联网电视集成平台的控制权、运营权和管理权均由互联网电视集成牌照机构独家拥有⁴。

也就是说，根据广电总局 181 号文的规定：“终端产品的生产商”负责机顶盒的生产；“互联网电视内容服务机构”负责视频内容的采购；“互联网电视集成机构”负责机顶盒的视频播放系统的运营、视频内容的存储及播放⁵。

下面以“小米盒子”产品为例，对于目前互联网机顶盒产品的具体业务形态进行简要说明：未来电视有限公司（下称“未来电视”）作为中国网络电视台（中国网络电视台同时拥有“互联网电视内容服务”及“互联网电视集成”牌照）的子公司，受其委托代为开展互联网电视集成及内容服务业务。未来电视以集成平台牌照机构的身份向广电总局提交小米盒子合法销售所需的“互联网电视客户端编号”申请；经广电总局批准并发放“互联网电视客户端编号”后，由小米公司完成小米盒子的生产、销售；在小米盒子向用户提供的互联网服务中，未来电视以互联网电视内容服务机构的身份采购视频内容以供内容服务平台播放；同时，未来电视以互联网电视集成机构的身份通过自有服务器存储上述视频内容，并负责小米盒子中视频播放系统的日常运营和管理（负责视频内容的存储、播放、播放等工作）。

4 同注 3。

5 截至目前，广电总局共发放了 7 张互联网电视集成业务牌照和 14 张内容服务牌照。其中 7 张互联网电视集成机构牌照分别由中国网络电视台、百视通、杭州华数、南方传媒、湖南电视台、中国国际广播电台、中央人民广播电台持有。14 张内容服务牌照除上述 7 家互联网电视集成牌照机构持有外，由另外 7 家地方电台持有：电影卫星频道节目制作中心、城市联合电视台 CUTV、北京台、云南台、山东台、湖北台和江苏台。

3. 行业各方主体的法律责任的认定⁶

3.1 “互联网集成牌照方”的法律责任认定

根据《信息网络传播权保护条例》第二条的规定，信息网络传播权给予权利人的保护在于禁止他人将作品通过信息网络向公众提供的行为。根据目前学界的主流观点，最为标准的“提供”行为，即直接侵权行为，是指将作品上传至服务器的行为。因此，确定涉案作品的上传者即可确定案件的直接侵权人。

如上文所述，如严格按照监管规定，机顶盒所提供的作品的上传及存储均应当由“互联网集成牌照方”实施。因此，“互联网集成牌照方”必然成为案件的直接侵权人。在相关案件中，除了通过听取各方当事人的自认及采用技术鉴定的手段外，从以下角度亦可确定互联网集成牌照方是否实施了“提供”行为：①“互联网集成牌照方”与互联网机顶盒的生产商之间签订的合作协议；②机顶盒播放界面中所显示的商业标记。

在北京盛世骄阳文化传播有限公司诉小米科技有限责任公司及未来电视公司的案件中，法院认定：“从小米盒子播放《黎》剧的过程看，多处位置显示‘icntv’及‘中国互联网电视’的图标。这些图标本身可视为对于所播放影视作品来源的指向，即来源于未来电视公司……以上事实与未来电视公司和小米公司之间订立的《合作协议》约定内容、广电总局文件、批复等要求的中国网络电视台要对小米公司合作的互联网电视机顶盒产品从芯片、底层管理系统到所有内容介入的完全掌控要求相符。”⁷由此，法院确定未来电视在其经营的中国互联网电视平台提供《黎》剧的在线播放，使用户可以在选定的事件和地点获得《黎》剧。

3.2 互联网机顶盒生产商的法律责任

在目前的审判实践中，基于案件事实的不同，互联网机顶盒生产商承担了不同法律责任。

⁶ 本文并未涉及互联网机顶盒中预置的视频播放软件侵权情形。

⁷ 参见（2013）海民初字第23588号民事判决书。

3.2.1 互联网机顶盒生产商不承担法律责任的情形

在现有案例中，互联网机顶盒生产商不承担侵权责任的前提条件是：互联网机顶盒生产商仅参与互联网机顶盒的生产及销售活动。

在北京盛世骄阳文化传播有限公司诉小米科技有限责任公司及未来电视侵害作品信息网络著作权的案件中⁸，基于“小米公司”仅实施了小米盒子的生产、销售行为的事实，法院认定小米公司并未直接提供侵权作品。进而，法官认定：“小米公司对于未来电视公司播控平台上出现的《黎》剧系侵权并非明知或应知。盛世骄阳公司在本案中主张小米公司应当承担侵权责任的主张，本院不予支持。”

笔者认为：在上述案例中，互联网机顶盒的生产商并未实施、参与针对涉案作品的信息网络传播行为。在这种情况下，参照“技术中立”原则，认定互联网机顶盒的生产商对于“互联网集成牌照方”所单独实施的侵权行为不具有主观过错，无须承担侵权责任，是恰当的。

3.2.2 互联网机顶盒生产商承担连带责任的情形

当互联网机顶盒的生产商为“互联网集成牌照方”所实施的信息网络提供其他互联网服务的情况下，对于互联网机顶盒生产商的法律責任认定，法院更多地参照了现有著作权法体系中针对“网络服务提供商”的归责规则。即，在案件审理中参照以下两个因素确定互联网机顶盒生产商的侵权责任：第一，根据网络服务提供者所负有的注意义务来确定其是否明知或应知用户利用网络服务侵害信息网络传播权（是否具有过错）；第二，网络服务提供者是否采取了必要措施阻止侵权行为。但是，在该审理思路的适用中，对于注意义务、过错等多个问题的认定，仍有待明确⁹。

⁸ 同注 7。

⁹ 参见《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 7 条的规定：“网络服务提供者明知或应知网络用户利用网络服务侵害信息网络传播权，未采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，或者提供技术支持等帮助行为的，人民法院应当认定其构成帮助侵权行为。”

以乐视网信息技术（北京）股份有限公司诉小米科技有限责任公司及未来电视公司侵害作品信息网络传播权一案为例。在该案件中，除了生产和销售小米盒子外，小米公司还为小米盒子的播放平台中的“收费专区”提供互联网支付服务。基于这一事实区别，两审法院均判定小米公司应对侵权后果的扩大部分承担连带侵权责任。

一审法院认为：“小米公司虽然应广电总局要求主要提供硬件和技术服务，但其作为与未来电视公司进行单一指向性合作的企业，以提供海量正版作品为主要宣传内容，利用中国互联网电视平台宣传推广自己的产品与服务，并通过其米币系统为该平台提供收费支持，与未来电视公司共享收益。故小米公司应当对中国互联网电视平台中的相关内容尽到审慎的注意义务。小米公司在知道中国互联网电视平台中的《金》剧涉嫌侵权后，未采取必要措施，使该平台中的《金》剧未被及时删除，造成侵权后果扩大。小米公司应当对侵权损害的扩大部分与未来电视公司承担连带责任。”¹⁰

后小米公司提起上诉，并提交小米公司与未来电视之间的往来邮件，以证明小米公司在得知未来电视的侵权行为后，及时书面通知未来电视立刻停止侵权行为，因此不存在主观过错。

就此问题，二审法院认定：“小米公司与未来公司存在共享收益的关系。小米公司应当对中国互联网电视平台中的相关内容尽到合理的注意义务。原审法院认定小米公司未采取必要措施，应当承担相应的连带责任并无不当……即便小米公司提交的邮件打印件的真实性能够得到确认，亦不影响其应当承担相应的连带责任。”¹¹

笔者认为，两审判决在对互联网机顶盒生产商的法律认定中，对于互联网机顶盒生产商所负有的注意义务程度以及在案件中的过错并未做出清晰的认定。

10 参见（2014）海民初字第4056号民事判决书。

11 参见（2014）一中民（知）终字第07115号民事判决书。

首先，法院在本案中认为因小米公司与未来公司共享受益，因此小米公司应当承担更为审慎的注意义务，即判决基于小米公司获得了利益而加重了其对侵权行为的注意义务。然而，未来公司及小米公司双方在诉讼中均认可，小米公司与未来电视进行受益分配的依据是小米公司为未来公司提供的互联网支付服务，而并不是对内容收益的分成。因此，基于这一因素而提高互联网机顶盒生产商的注意义务标准，似乎值得商榷。

其次，上述案判决基于小米公司在小米盒子的销售过程中以视频内容作为宣传点，以及小米公司提供互联网支付服务的事实直接推定其存在过错（对于侵权行为明知或应知）。这一推定与案件其他事实存在逻辑矛盾。在判决中，法院认定了未来电视是互联网机顶盒播控平台的运营方，小米公司并未参与视频内容的运营。在这种情况下，判决并未阐述小米公司如何明知或应知未来公司针对涉案作品的侵权行为。

最后，法院认定小米公司未采取必要措施，导致侵权作品未被及时删除，造成侵权后果扩大。但是，判决书中并未明确小米公司应当采取的 necessary 措施包括哪些。并且，基于未来电视是互联网机顶盒播控平台运营方的事实，互联网机顶盒生产商所能够实际采取的合理措施也仅是通知“互联网集成牌照方”停止侵权行为而已。

4. 结语

互联网机顶盒所具有的“互联网”基因，使得产品本身对于平台的开放合作具有极大的渴望。与之矛盾的是，针对互联网机顶盒的现行监管政策的主导思路是通过平台的“封闭”保证对内容的监管。这种冲突导致相关法律案件频发。并且，由于行业中各方主体的法律身份具有复合性，因此，套用现有法律法规就侵权责任进行具体判断，略显吃力。因此，有必要就相关法律问题做出更加具有针对性的明确规定。

11 大数据时代的个人信息属性及商业利用原则探析

王 磊

新浪网技术（中国）有限公司高级法律顾问

当今社会随着互联网的发展和智能终端的普及，我国互联网用户持续增长。截至 2015 年 6 月，中国网民规模达 6.68 亿人，半年共计新增网民 1894 万人。互联网普及率为 48.8%，较 2014 年年底提升了 0.9 个百分点。其中，手机网民规模达 5.94 亿人，较 2014 年年底增加 3679 万人，使用手机上网人群占比由 2014 年年底的 85.8% 提升至 88.9%¹。可以说，互联网技术的发展和移动终端的普及呈井喷之势，网络经济一片繁荣，普通网民从中受益颇多，其中尤以电子商务和社交网络平台为甚。

一方面，互联网应用和电子商务交易发展迅猛，据中国电子商务研究中心监测数据显示，2015 年“双十一”全网平台总销售额首度超过千亿元人民币。其中阿里天猫一家成交额就超 900 亿元，再加上京东、苏宁、国美、当当、亚马逊中国等电商企业，再次掀起了一场全民购物潮²。另一方面，随着互联网与大众生活的不断深入、大数据技术的成熟和发展，大数据在商业上的应用越来越

1 中国互联网络信息中心：《第 36 次中国互联网络发展状况统计报告》，<http://www.cnnic.net.cn/hlwfzyj/hlwzxbg/hlwjtjbg/201507/P020150723549500667087.pdf>，2015 年 07 月 22 日发布。

2 莫岱青， “双十一”电商 全网首度突破 1000 亿元大关[J]，计算机与网络，2015 年第 22 期。

越广泛，有关大数据的收集、整合、互换、交易的例子也日益增多，全国针对大数据而设立的交易所和研究中心已成为新一轮的创新动力。互联网技术普及下所形成的大数据在为我们带来信息化红利的同时，隐忧已然埋下，针对目前蓬勃发展的网络环境和亟待加强保护的用户个人信息，我国的立法和相关政策尚不完善，如何在大数据时代保护个人信息仍需全面的制度建构考量。

1. 个人信息的定义及属性

1.1 个人信息的定义

个人信息在国际组织或各国、地区立法上的称谓与概念并不统一，包括“个人数据”（personal data）、“个人信息”（personal information）和“信息隐私”（information privacy）。例如，欧洲理事会、欧盟、欧盟成员国以及其他受欧盟1995年指令影响而立法的其他大多数国家使用“个人数据”的概念；我国大陆学者主要使用“个人信息”和“个人数据”的概念；我国台湾地区另有学者主张采纳“个人资料”³、“资讯隐私”的概念。

上述“信息”、“数据”、“隐私”等概念的不同表述，一方面是由于学者的借鉴来源不同，另一方面也可能是对同一个语汇翻译上的差异。有的学者指出：“个人信息和个人数据二者之间的区分并不明显，名称选用更多的是出于‘接轨’的考虑。”⁴“概念的不同主要是源于不同的法律传统和使用习惯，实质上并不影响法律的内容。”⁵

根据我国现有的相关规定，出现相关概念的使用需求时，均以“个人信息”为准。但不可否认的是，个人信息和个人隐私在含义上存在差异。个人信息和

3 转引自范姜真嫩：《政府资讯公开法与个人资料保护法之交错适用》[J]，中国台湾：铭传大学法学论丛，2005年第4期，第105页。

4 张新宝：《中国个人数据保护立法的现状与展望》[J]，中国法律，2007年第3期，第19页。

5 周汉华：《中华人民共和国个人信息保护法（专家建议稿）及立法研究报告》[M]，北京：法律出版社，2006年版，第29页。

隐私的区别主要体现在权利属性和权利客体上：在权利属性中，隐私权是精神性的人格权，而个人信息权在性质上属于一种集人格利益与财产利益于一体的综合性权利，并不完全是精神性的人格权，其既包括了精神价值，也包括了财产价值⁶；从权利客体看来，隐私是个人不愿意公开披露且不涉及公共利益的部分⁷，而个人信息可能与隐私重合，但是还可能表现为可识别的其他信息。例如，隐私不必然表现为记载性的信息，也可以是私人的生活方式，这与个人信息不同。因此，应当正确界定二者之间的关系，本文在阐述中，将以“个人信息”为准。

关于个人信息的定义，理论上有两种方式：一种是概括主义，另一种是例示主义⁸。前者如经济与合作发展组织（OECD）《关于隐私保护与个人数据跨界流动的指导方针》第1（b）条就指出：“个人数据是指与一个已经被确认的或可以被确认的人（信息主体）相关的任何信息。”后者如我国台湾地区《个人资料保护法》规定：“个人资料，指自然人之姓名、出生年月日、国民身份证统一编号、护照号码、特征、指纹、婚姻、家庭、教育、职业、病历、医疗、基因、性生活、健康检查、犯罪前科、联络方式、财务情况、社会活动及其他得以直接或间接方式识别该个人之数据。”根据我国最高人民法院《关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2014〕11号）第12条：“个人信息包括自然人基因信息、病历资料、健康检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其他信息。”我国《个人信息保护法（专家建议稿）》第9条规定：“个人信息是指个人姓名、住址、出生日期、身份证号码、医疗记录、人事记录、照片等单独或与其他信息对照可以识别的个人信息”⁹。

6 王利明．论个人信息权的法律保护：以个人信息权与隐私权的界分为中心[J]．现代法学，2013年7月，第64页。

7 同注6。

8 郭明龙．个人信息权利的侵权法保护[M]．北京：中国法制出版社，2012年第一版，第22页。

9 周汉华．中华人民共和国个人信息保护法（专家建议稿）及立法研究报告[M]．北京：法律出版社，2006年版，第3页。

对于个人信息的定义,应当充分考虑信息与人身之间的关联,对自然信息(如基因信息、健康信息等)、社会信息(职业信息、教育背景等)等内容区别对待,避免过分扩大或者缩小个人信息的范围。

1.2 个人信息的属性

个人信息的人格权性质是其天然属性,应该受到保护;然而,随着当今互联网时代中大数据商业的飞速发展,个人信息的财产权属性愈发凸显。对于大量的个人信息或其所形成的数据所反映出的某一种商品或服务的特定趋势或者个性化内容,企业可以加以利用,并且据此提供更加符合消费者需求的信息推介和其他定制化服务。

“个人信息与个人人格密不可分,个人信息主要体现的是一个人的各种人格特征,故个人信息权是一种新型的具体人格权。个人信息权不属于一般人格权。”¹⁰但随着大数据技术的发展,现有观点已越来越倾向于综合性权利说¹¹。也有学者指出:“单纯的人格权保护模式无法适应信息时代社会生活的实际需要,个人信息的商业价值反映出个人信息的财产权属性,必须加以保护。”“个人数据的所有者并非不能与别人分享个人数据,而是必须要在明确自己的权利与数据使用人的义务的前提下,像处理个人现实财产那样,自主、审慎地处置个人数据。”¹²

基于此,企业对于个人信息高度重视,甚至通过注册登记、购买等方式收集利用上述信息,这也从实践中体现出个人信息的财产属性。如果发生侵权行为,对个人信息所有者也应当给予财产赔偿等保护。因此,根据个人信息复合型的特点,同时为了完善其保护措施,应当将个人信息界定为综合性权利。

10 王利明.论个人信息权在人格权法中的地位[J].苏州大学学报,2012年6期,第62页。

11 王利明.论个人信息权的法律保护:以个人信息权与隐私权的界分为中心”[J].现代法学,2013年7月,第62-64页。

12 汤擎.试论个人数据与相关的法律关系[J].华东政法学院学报,2000年5月,第40页。

2. 对个人信息的商业利用及原则

2.1 对个人信息的商业利用

平台对个人信息的商业利用，应当定义为平台为了实现一定的经济目的，将合法收集的个人信息经过一定的处理或者未予处理进行商业化从而获得对价的行为，不包括为公共事业或政府目的采集或使用个人数据的情况¹³。

平台对个人信息的商业利用主要包括以下四个方面¹⁴。

（1）收集。用户在注册时会提交个人信息，即平台收集个人信息的过程，包括与个人身份有关的个人信息以及用户使用网站时自动形成的访问痕迹等与个人身份无关的个人数据，例如 cookies 在网站中的利用以及用户的位置信息等。

（2）使用。平台对用户的某些信息进行大数据处理，例如利用采集的用户个人数据对目标客户进行广告推送等市场营销行为。实践中，通过对用户网络行为进行分析，进而有针对性地划分用户的基础上定向推送营销信息或广告信息。

（3）授权许可。平台授权第三方使用其收集的个人信息，一般情况下，第三方所使用的个人信息范围会小于平台所拥有的信息范围。这种情况一般是第三方和平台之间对数据分享和交换使用，第三方和平台可以各取所需，交换所需，并且双方通过合理开发利用该信息，由此分享或交换产生了商业价值。

（4）销售。平台除了通过授权、许可或者分享的方式与第三方等进行数据交换而产生更大的商业价值外，还可通过向第三方出售其所收集的个人信息而从中获益。然而，这种商业利益也往往会被平台内部工作人员所知悉，私下出售用户信息以牟取私利。

13 黄镭：《开放平台个人数据的商业化利用与私法保护》[D]，北京：北京邮电大学，2013年3月。

14 2013年2月1日施行，由中国工业和信息化部发布的《信息安全技术公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》中对于个人信息的处置列为“收集、加工、转移和删除”四个环节，此处对于商业化利用的划分与《指南》不同，主要依照商业行为模式进行划分。

正如前文所述，平台对个人信息的收集和使用，一方面能够给用户带来极大的便利，提供更为优质的服务，但另一方面，不容忽视的仍然是平台作为经营者或者是市场上的商业主体，对于个人信息的不当使用或者滥用，造成对用户个人的人身权益甚至财产权益的侵犯。因此，平台对个人信息的收集和使用都应该受到相应的法律规制。

平台对个人信息的收集多是基于用户在注册和使用过程中的授权，是双方之间订立的契约，用户在使用过程中的单独特别授权，可以视为用户的明示同意；此外，从社会共治的角度来讨论平台对个人信息的收集和使用，是基于用户对个人信息的授权进而使得平台更为有效地对平台环境和内容进行治理。对于虚假用户或者其他侵权行为，平台也能够对此进行针对性的处理和管控，即虽然平台不具有法律上授权的监管职责，但是在市场环境中，平台本身充当了一个社会治理者的角色。

2.2 对个人信息商业利用的原则

对于平台收集个人信息的行为，2013年2月1日起实施的由工业和信息化部发布的我国首个关于个人信息保护的国家标准的《信息安全技术公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》提出了八项原则¹⁵。

（1）目的明确原则，即处理个人信息应具有特定、明确、合理的目的，不扩大使用范围，不在个人信息主体不知情的情况下改变处理个人信息的目的。

（2）最少够用原则，即只处理与处理目的有关的最少信息，达到处理目的后，在最短时间内删除个人信息。

（3）公开告知原则，即对个人信息主体要尽到告知、说明和警示的义务。以明确、易懂和适宜的方式如实向个人信息主体告知处理个人信息的目的、个人信息的收集和使用范围、个人信息保护措施等信息。

¹⁵ 《信息安全技术公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》条款 4.2：基本原则。

(4) 个人同意原则，即处理个人信息前要征得个人信息主体的同意。

(5) 质量保证原则，即保证处理过程中的个人信息保密、完整、可用，并处于最新状态。

(6) 安全保障原则，即采取适当的、与个人信息遭受损害的可能性和严重性相适应的管理措施和技术手段，保护个人信息安全，防止未经个人信息管理者授权的对个人信息的检索、披露及丢失、泄露、损毁和篡改。

(7) 诚信履行原则，即按照收集时的承诺，或基于法定事由处理个人信息，在达到既定目的后不再继续处理个人信息。

(8) 责任明确原则，即明确个人信息处理过程中的责任，采取相应的措施落实相关责任的承担，并对个人信息处理过程进行记录以便于追溯。

此外，学术界出台的标准中，由中国科学技术法学会、北京大学互联网法律中心发布的《互联网企业个人信息保护评测标准》提及的个人信息保护基本原则主要内容为：① 知情同意原则：除法律规定的情形外，互联网企业应充分告知用户有关个人信息处理的重要事项，并在告知的基础上获得用户的明示同意或默示同意。② 合法必要原则：互联网企业处理个人信息的方式应符合法律规定，并仅处理为实现正当商业目的和提供网络服务所必需的个人信息。③ 目的明确原则：互联网企业处理个人信息应具有合法、正当、明确的目的，不得超出目的范围处理个人信息。④ 个人控制原则：用户有权查询个人信息，有权对其个人信息进行修改、完善、补充。⑤ 信息质量原则：互联网企业应为用户查询、更正其个人信息提供必要渠道，以保障个人信息的准确、完整、及时。

借鉴以上内容，笔者总结对于个人信息的商业利用应当遵循以下几方面基本原则。

(1) 意思自治原则：除了法律的强制性规定外，对于信息的收集应当以用户明示授权为前提。

(2) 透明性原则：对于信息的收集方式及收集程序应公示公开，对于收集

过程中所使用的技术和大数据分析目的应当充分告知。

(3) 必要性原则：对于用户的信息收集范围应当基于用户告知范围内进行收集并使用，且应当与商业利用的相关目的一致，而非在获得授权的情况下任意收集或超范围收集并使用。

(4) 信息安全原则：对于用户的信息收集应当提供技术上的安全措施，且在可靠性、保密性及完整性等方面应当遵照法律上相关的安全规范。

(5) 公平性原则：对于所收集的个人信息应当充分考虑诚实信用和非歧视性的应用，同时非歧视性还应体现在对于未成年人和弱势群体收集信息过程中进行特别保护。

3. 国外立法借鉴

纵观全球，联合国于 1990 年 12 月通过了《计算机处理个人数据文件的指导纲领》（Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files）（也被称为公平信息实践，Fair Information Practices）；欧盟及其成员国建立了基本的法律制度框架；美国法律制度相对完善；亚洲和大洋洲国家也逐步开始建立相关的法律制度。目前全球制定相关个人数据保护立法的国家和地区主要有欧洲、美洲及部分亚洲国家和地区。其中美洲以美国、加拿大、阿根廷为代表，如《电子隐私权利法案》（美国）、《消费者网上隐私法》（美国）、《个人信息和电子文书保护法》（加拿大）以及《个人数据保护法》（阿根廷）；欧盟对于数据的保护相对严格，欧盟和各成员国之间均有对于个人信息保护的相关规定，如欧洲议会和欧盟理事会对于电子通信领域个人数据处理和隐私保护的指令，英国、法国、德国等对于数据保护和信息处理的法案；亚洲以中国、日本、韩国为代表，如《电信和互联网用户个人信息保护规定》（中国）、《有关行政机关电子计算机自动化处理个人信息保护法》（日本）、《个人信息保护法》（韩国）等。

个人信息保护源于欧洲，但在世界范围内越来越多的国家采用数据保护法对个人信息予以保护。在这些立法的国家和地区中，美国、加拿大等国家的个

人信息保护基于普通法和判例法、行政管理法等不同的法律；欧盟则建立了一种适用于所有欧盟成员国的“协调体制”，数据保护覆盖公共和私营两个部门；欧盟成员国及东欧、拉丁美洲的一些国家（地区）和日本、中国（香港），采用的法律在不同程度上都受到《欧盟数据保护指令》的影响¹⁶。以下主要以美国和欧盟在个人信息保护体制作具体分析。

3.1 美国

美国将个人信息作为隐私的一项重要内容专门立法予以保护。如 1974 年联邦《隐私权法》主要内容就是保护个人信息。该法全面规范了联邦、州政府对个人信息的收集、使用、处理。该法的基本原则是：

- （1）行政机关不应该保有秘密的个人信息记录。
- （2）个人有权知道自己被行政机关记录的个人信息及使用情况。
- （3）为某一目的而采集的公民个人信息，未经本人许可，不得用于其他目的。
- （4）个人有权查询和请求修改关于自己的个人信息记录。
- （5）任何采集、保有、使用或传播个人信息的机构必须保证该信息可靠、的确用于既定目的、合理预防信息的滥用¹⁷。

除联邦《隐私法》外，其他各州也制定了类似的隐私保护法。对于个人信息保护立法，美国采取的是单独立法，即一部法律通常只规范某一类特定对象，这一对象既可以是政府机构也可以是某个行业，如 1974 年联邦《隐私法》只规范了政府机构对个人信息的收集、使用、处理，而立法规范未涉及的民间组织、行业则一般采取行业自律的方式，通过自我约束实现个人信息保护的目。其主要原因在于美国对个人信息等承载人权属性一类客体的保护更关注限制政府

16 周登宪，王志华，乔丽华．国际个人数据信息保护概览[J]．征信，2014 年第 6 期，第 67 页。

17 周健．美国《隐私权法》与公民个人信息保护[J]．情报科学，2001 年 6 期。

权力滥用，而不太关心来自私人组织的干涉。另一方面，各行业不同的特点也使得很难运用综合立法以普遍性规范，所以其现行的立法方式为“成熟一个规范一个”¹⁸。

3.2 欧洲

欧洲各国虽然也多采取专门立法的形式保护个人信息，但并不称之为隐私法，而多以信息法、资料法命名。1980 年经济合作与发展组织向其成员国发布一份《关于保护隐私与个人数据之跨国界流动指南》，如德国 1976 年颁布《联邦资料保护法》、英国《数据保护法》（Data protection Act of 1984），并且欧洲国家以缔结条约形式对个人信息予以保护，如 2001 年欧盟在其成员国立法的基础上，颁布了《关于与欧共体机构和组织的个人数据处理相关的个人保护以及关于此种数据自由流动的规章》（下称《规章》）。为更好地在各国立法中实现保护数据和信息公开的双重目的，部分国际组织也基于数据保护的受限性，就数据征集和使用中数据保护和公开之间的平衡制定了相关标准。为了在隐私保护和信息自由流动之间找到一个平衡点，欧盟在《规章》中提出几项有关数据保护原则¹⁹的先决条件：①数据主体必须明确同意进行数据处理；②数据处理是为了履行基于数据主体利益而制定的合同所必需的；③数据处理是公共利益所必需的；④数据处理是数据主体重大利益所必需的；或者⑤控制者或者第三方有合法利益这么做，且该利益不侵犯保护数据主体隐私权的利益时，才能进行数据处理²⁰。

就立法体系而言，欧洲国家通常采取综合性的立法，即一部立法所规范的对象是多元的，包括个人、政府与各种组织。其所体现的理念在于欧洲对个人

18 唐飞，唐晓玲．欧美个人信息保护比较[J]．法制与社会，2007 年 10 月，第 174 页。

19 徐明，普丽芬．数据保护与信息公开的平衡——论诚信制度构建的法律基础[J]．证券法苑，2012 年第 7 期。

20 Regulation (EC) No. 45/2001 of the European Parliament and of the Council and 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data, Article 8.

信息的保护视为保护人权的具体体现，因此其既可以对抗政府，也可以对抗其他组织或个人。

因为美国与欧盟文化背景与法律传统的不同，就个人信息保护的具体内容与保护范围而言，其在实践上存在不同程度的差异，主要体现在：欧洲各国所界定的个人信息，一般不包括纯属个人私生活方面的信息，宗教信仰、哲学信仰也被排除在外。由于各国民法典中已经将私生活不受侵犯作为一种具体的人格权利，因此这些纯属个人私生活的信息可以由民法典调整。另外由于个人信息具有一定流动性，不如隐私保护严格，如果将私生活信息归入个人信息内，会降低对隐私的保护程度。而在美国，个人信息并不排除纯私人的信息，既包括个人特性资料也包括与商业活动有关的资料，并且这些资料都被纳入隐私权范围内。此外，欧盟与美国在 2000 年达成的《安全港协定》已于 2015 年 10 月由欧盟法院判决无效，美国与欧盟之间将再次讨论新的数据共享标准²¹。

4. 结语

我国关于个人信息保护的专门立法长期处于悬而未决的状态，缺少必要且明确的指引与规制。这一现状直接导致了违法成本低、个人信息泄露事件频发；同时也因为缺少必要的指引，受害企业和个人维权依据较弱，在大量个人信息泄露的重大事件背后，真正得到合理赔偿的受害者占比例较低。个人信息从源头上就面临被侵害的可能，且缺乏完备的法律保护，面临着巨大的风险，因而在繁荣的大数据时代，加强个人信息保护迫在眉睫。

大数据中个人信息本身的经济价值已经随着互联网的快速发展被越来越多的国家、组织和企业认可，但对于如何防止其数据规模的增加造成系统性、结构性风险的出现，避免出现个人信息和数据处于危险状态的情况仍然是一个需要解决的难题，如故意泄露信息、恶性竞争、网络安全失灵等。个人信息作为一种综合性的权利，一旦出现上述问题，用户将遭受人身、财产等多项权利的侵害。

21 <http://tech.sina.com.cn/i/2015-10-07/doc-ifximrxn8229311.shtml>，访问时间：2015 年 11 月 20 日。

网络时代，个人信息安全问题并非一国特有的问题，而是各国面临的共同问题。就如同习近平总书记在“第二届世界互联网大会·乌镇峰会”发言中提到的现阶段的互联网已发展成为“网络空间命运共同体”一样，在构筑网络空间国际规则的过程中，区域性的规则和个人信息安全机制可以发挥重要的示范作用，建立一个完备合理的个人信息保护机制无疑意义重大。随着个人信息保护的重要性日益凸显，应当进一步加强个人信息保护相关法律法规的可行性，建设专门的个人信息保护机关，敦促行业自律，以有效保护用户的个人信息安全，维护互联网产业的良好生态，共同推进互联网法治进程。

12 快播案的法律分析

胡 钢

北京市潮阳律师事务所律师

中国互联网协会研究中心秘书长

中央人民广播电台经济之声评论员

中国计算机学会法律顾问

中国国际经济贸易仲裁委员会网上争议解决中心专家

中华全国律师协会信息网络与高新技术专业委员会委员

中国消费者协会律师团律师

1. 案件重大

深圳快播科技有限公司涉嫌传播淫秽物品牟利案是在全国“扫黄打非”办公室协调、督办，公安部直接指挥下的 2014 年打击网上淫秽色情信息专项行动重点案件之一。快播软件的用户数曾最高达到 4 亿。庭审直播引发百万网民高度关注，也引起了传媒界、网络界及法律界的高度关注。快播案案情复杂，技术高难，控辩激烈，堪称 2016 中国网络第一案，必将成为中国法治史上浓墨重彩的篇章。

2. 这是一次法治的胜利

为什么这么评价？控、辩、审等各方都依法依规，表现上乘，充分展示了

我国良好的刑事法治化水准。

控方多名检察官，态度都非常平和，就案论案，而且法理阐释和证据的展示非常准确，同时面对十余被告人及辩护律师的车轮大战沉着应对，表现非常专业。有一些网民认为，好像律师表现得更好，笔者认为，如果一个人面对十个人，那十个人只要重复同样的话，给听众的感觉好像这十个人的观点可能更有说服力，就是这么简单。

各被告人面色健康，思路清晰，说明他们在整个羁押期间，受到良好的人道待遇，这点很重要。我们以往看到的个别案件不一定达到这样的程度。请大家特别注意的是，各被告人都身着便装，衣着得体，没有像主犯王某此前穿着具有特殊意味的橙色背心出境。各被告人很健谈，思路清晰，进行了充分有效的自辩。这些都体现了对犯罪嫌疑人人权的有力保障。

我国《刑事诉讼法》第 12 条规定：未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。没有经过法庭的判决定罪，这个人就是犯罪嫌疑人，也就是法律虚拟的一个无罪的人。《刑事诉讼法》第 11 条规定：人民法院审判案件，被告人有权获得辩护，人民法院有义务保证被告人获得辩护。以上两项刑事诉讼法基本原则都非常重要，也与其他法治国家的规定一致。上述规定表明，被告自辩是法定权利，不能将被告人自辩解读为所谓的“狡辩”，否则将违反基本的法治原则。

辩方出庭的十位律师，其中有一位律师表示很多次会见在押被告人，说明本案相关的执法部门和司法部门充分保护了律师的会见权。各位律师在庭审过程中从程序、证据、适用法律等各个方面进行了充分的精彩的抗辩。庭审的过程中出庭的还有鉴定人等，并进行质证，这非常好地保障了法庭的发现事实过程的有效性及其合法性。

主审法官非常有效地控制了整个庭审的节奏，而且措辞严谨，语气平和，体现了法官的对庭审的主导地位，以及中立公允的立场。其中还有一名陪审员参审，体现了人民司法原则。

海淀法院能够进行庭审视频及微博直播，就是作为全国优秀法院的充分自信的最好体现。当然，我们也看到这种法庭视频直播，可能存在对法庭法院权威的某种副作用，所以国外很少使用。如果未来在庭审直播时由相关的法学专家进行普适性的且非针对个案的法律背景解读和适当的舆论引导，既普及法律知识又引导理性思考，效果会更好一些。

3. 建立完善的电子证据搜查、扣押等制度建设，提高打击网络违法犯罪的法治水平

刑事案件中，法院因为控方的证据不足而判无罪是很正常的。美国著名的辛普森案件，在刑案中，因为辩方击破了控方关键证人的证言及血液等关键证据而使辛普森成功脱罪，但是以后的民事案件中辛普森大败，就是因为刑事案件对证据的要求是非常严格的，不能有任何不严谨处。

本案庭审焦点之一就是证据。相关的证据固定保存展示等，包括三次鉴定被辩护人多次质疑，体现出我们电子证据方面制度与实务方面需要做得更加扎实。

我们现在的扫黄打非工作，主战场是网络，网络体现了很强的技术性。现在在云计算和大数据的背景，像本案这样在一个屋里查获四台服务器的案件可能永远不会再有了。以后一定是云计算，可以将一个数据文件打碎成一百万片，放在一百万个云端服务器，还可能随时迁移，怎么查？未来侦查的手段能否跟上，取证难及查处难将是非常严峻的态势，相关制度与能力建设亟待加强。英国高级警官协会发布的《数据证据良好操作指南》及美国联邦司法部发布的《法庭中的数据证据：执法部门及检察官操作守则》等规范值得镜鉴。

我们亟待强化相关电子取证的操作规程的细化优化，加强现有执法人员的法律及技术培训，以避免出现一些不必要的疏漏。

4. 美国重拳打击利用 P2P 传播儿童淫秽内容的网络用户

有人认为国外对淫秽内容不是很重视。实际上欧美主要强调的就是对儿童

淫秽内容的严厉打击。儿童，指的是年龄未满 18 周岁的人。《联合国儿童权利公约》第 34 条规定，缔约国承担保护儿童免遭一切形式的淫秽剥削和性侵犯之害，为此目的，缔约国尤应采取一切适当的双边和多边措施，以防止：①引诱或强迫儿童从事任何非法的性生活；②利用儿童卖淫或从事其他非法的性行为；③利用儿童进行淫秽表演和充当淫秽题材。也就是说，儿童作为主角的淫秽内容的传播，是全世界重点打击的。

早在 2009 年，美国联邦调查局就公告开展利用 P2P 软件传播儿童淫秽内容的专项行动，打击持有传播儿童淫秽内容的网络用户，并随后破获了不少案件。由于 P2P 软件本身的暴露性和脆弱性，美国联邦探员很容易发现谁家的计算机里存有儿童淫秽文件，然后就是定位、抓捕、审判和定罪。

2014 年，一个美国警官刚当上该县的警察局局长不久就被抓了，起因就是被发现了其计算机里存有一百多个儿童淫秽的视频文件并通过 P2P 进行传播。

2014 年有一个著名的 *paroline* 案件，当时是打到美国最高法院的。17 岁的受害人要求保存了其幼年时淫秽视频并利用 P2P 传播的被告赔偿 350 万美元。也就是说，在美国，传播儿童淫秽内容的 P2P 用户，不仅要被追究刑事责任，还要面临被害人的巨额追索。

5. 我国持续加大对儿童淫秽内容传播的打击力度

我国的刑法也充分体现了对儿童淫秽内容的严厉打击的政策取向。2004 年最高人民法院及最高人民检察院发布的《关于办理利用互联网、移动通信终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定，明知是具体描绘不满 18 周岁的未成年人性行为的淫秽电子信息而在自己所有、管理或者使用的网站或者网页上提供直接链接的，从重处罚。2010 年发布的《解释二》则加大了对传播内容含有不满 14 周岁未成年人的淫秽电子信息行为的处罚力度。近年来，我国扫黄打非办公室持续开展了保护未成年人的“护苗行动”，取得了举世瞩目的丰硕成果。

未来打击儿童淫秽内容传播应当成为一项常态化重点工作，需要进一步加

大查办惩处的力度。对于发现的涉及淫秽内容传播的案件，需要特别查明其中是否含有明显系儿童为主角的淫秽内容，以切实维护儿童的权利。这一点，有必要直接列入草拟中的《未成年人网络保护条例》。

6. Napster 案件及海盗湾案件值得借鉴

提及 P2P 案件，业内熟知的 Napster 案其实与快播案完全不能类比。核心在于 Napster 案是知识产权侵权的民事案件，而快播案则是涉及传播淫秽的刑事案件，两者是霄壤之别。1999 年 12 月，包括华纳、BMG、百代、索尼、寰宇五大唱片公司在内的唱片公司共同起诉 Napster。案件审理一波三折，到了 2001 年，法院裁决认定 Napster 侵权，但主角肖恩·范宁却全身而退。

由于 P2P 对于版权产业的毁灭性的打击，经过版权业人士的积极游说，各国先后立法追究 P2P 管理者的刑事责任。海盗湾（The Pirate Bay）也是 P2P 案件，但属于侵犯知识产权的刑事案件。海盗湾号称“世界最大的 BT 种子服务器”，提供了大量含有版权的音频、视频、计算机应用软件与电子游戏。2006 年瑞典警方搜查了海盗湾，一年多后瑞典警方的调查终告结束，仅法律文件就长达 400 多页。瑞典检方随后宣布，其四名创始人因提供了多个软件、电影及音乐的下载，被以“协助侵犯版权罪”起诉。2009 年，瑞典一家法院以侵犯版权罪判处四被告各一年的监禁，并处 360 万美元罚金。海盗湾案与快播案有相同之处，但其中的事实与法律等方面差异还有待精细分析。

7. 未来网络公司法律责任将持续加大，“技术中立”及“技术无罪”系虚幻陷阱

随着自 2015 年 11 月 1 日起施行《刑法修正案（九）》及自 2016 年 1 月 1 日起施行的《反恐怖主义法》的贯彻落实，未来我国网络公司的法律责任将明显加大，且随着未来《网络安全法》的出台，这种趋势更难以避免。所以网络行业要加大自身的法治能力建设，全面依法落实网络安全、信息内容监督制度和安全技术防范措施，避免所谓的“技术中立”及“技术无罪”的虚幻陷阱。

13 “互联网+”时代信息技术在司法领域的应用

徐 敏 王 琪

徐 敏 杭州安存科技创始人 首席构架师

中国互联网电子数据研究院副院长

王 琪 英国诺丁汉特伦大学计算机系统工程博士

中国互联网电子数据研究院研究员

“科学技术是生产力”这一马克思主义科学论断早已被实践所证明。社会生产力是人们改造自然的能力，作为人类认识自然、改造自然能力的自然科学，必然包括在社会生产力之中。马克思因此指出：“社会劳动生产力，首先是科学的力量。”1988年9月，邓小平同志根据当代科学技术发展的趋势和现状，提出了“科学技术是第一生产力”的论断。这一论断既是现代科学技术发展的重要特点，也是科学技术发展必然结果。

在1980年出版的轰动世界的著作《第三次浪潮》中，美国著名未来学家阿尔温·托夫勒根据当代社会的变革方向，提出了著名的三次浪潮理论。人类社会的发展过程至今分为三个浪潮：即以农业革命为代表的第一次浪潮；以工业革命为代表的第二次浪潮；以信息革命为代表的第三次浪潮。农业革命使人类的经济从旧石器时代以采集、狩猎为基础的攫取性经济转变为以农业、畜牧业为基础的生产性经济，促使人类生活方式发生根本性的变化，并为以后一系列

的社会变革创造了物质基础。工业革命使机器代替了手工劳动；工厂代替了手工工场，使人类生产生活摆脱了体力的限制。工业革命创造了巨大生产力，使社会面貌发生了翻天覆地的变化。而信息革命以计算机的使用作为标志，全面扩展了人类智力功能。在这几次浪潮中，科学技术的进步是生产力发展的主要推进力。特别是进入网络时代以来，科学技术达到了前所未有的发展速度，并作为生产力推动着整个社会向前发展，科学技术在社会生产中发挥的作用日益显著。

在科学技术成为第一生产力的今天，科学技术通过社会经济基础的作用改变着社会的方方面面。而法律作为社会这个宏观系统的重要组成部分，不可避免地很大程度上受到科学技术发展的影响。

1. 科学技术与法律

本文将科学、技术两个词联系起来使用，便于读者理解。但是这两者实际上并没有必然联系，在历史上两者曾长期分离。科学一般以系统地理解世界为目的，是对人类知识的一种系统的整理和思考，在古代往往专属于有限的贵族哲学家；科学因此并不总是等同于真理。而技术是在人类制造工具的过程中产生的，往往以便利为目的，尽管人们获得的技术可能符合科学原理，却与科学理论没有直接的关系。今天，人们一般认为科学是以实验观察为基础的、以系统地发现因果关系为目的的社会实践，侧重于认识世界为目的；而技术则是人类改变或控制客观环境的手段或活动，以改造世界为目的¹。但到了近代以后，技术逐渐以现代科学实验和科学理论为基础发展起来，科学研究成为技术发展的基石与发动机，科学与技术两者成为密不可分的整体。根据这个初步的界定，本文侧重讨论科学技术发展，特别是信息技术的发展，对法律的影响和与科学技术发展直接相关的一些法律的演变。

1 高明亮，论科学技术发展对法律的影响[J]，西南政法大学学报，2005年4月，第7卷第2期。

人类通过科学技术进行社会实践活动和改造世界,推进生产力的发展。科学技术作为知识体系不容许进行政党的或阶级的解释,其本身不具有阶级性。与此相反,法律制度和法律规范具有阶级性和社会性。法律的阶级性决定了在阶级社会里,科技在为谁服务、向哪个方向发展以及对科技的哲学分析等方面。而法律的社会性是科学技术与法律互相渗透、互相联系的内在动力。首先,由于现代科学技术研究广度和深度的快速发展,科学研究变成一项规模宏大的系统工程,要求越来越复杂的仪器设备和其他物质条件以及多学科交叉和跨域、跨组织协作,涉及前所未遇的新需求和复杂的社会关系,因此需要法律制度和法律规范对科学技术和生产实践中所涉及的社会关系、组织结构进行调整,进而制定种种科技法律规范。其次,法律实践中特别关注本质与现象、必然与偶然、原因与结果等关系,法律作为行为规范而适用的基础是人事关系的因果性,其主观意志要受到客观规律(包括自然规律、社会规律和思维规律)的制约,因此必然要与研究发现客观规律的科学技术发生联系。除以上两点外,新科学技术也对法学研究本身产生了积极的推动作用。大数据、云计算、人工智能等新技术的出现,极大地改变了法学研究的范式。

2. 信息与法律

朱苏力教授认为法律的重要问题是有关实体问题的法律判断。正确或准确的裁决需要了解事实,需要证据以及证据背后隐含的诸多信息。但事实上,不少法律人对人们在多大程度上有能力准确发现事实真相有怀疑,因此希望通过更严格的法律程序,或某些其他机制,例如古代的神判法、民间的抓阄以及陪审团等推定、举证责任的分配。理查德·A. 波斯纳在讨论证词时也提出:“像任何建立在证词之上的确信一样,一个由法官或陪审团做出的事实认定类似于形成这样一种确信:对于人们自己不大可能查证甚或是不大可能理解的那些问题,其确信纯粹是基于某个假定的专家的权威。”²人们希望通过某种程序或机制将对事实的疑虑

2 [美] 理查德·A. 波斯纳. 法律理论的前沿[M]. 武欣, 凌斌, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 332.

以某种相对可以接受的方式掩藏起来，避免对相关事实真实性的无休止争论，从而摆脱证据的不确定性和自我怀疑。

在这里我们所说的事实问题可以归纳到信息问题。由于我们无法通过完全复原并看到已经过去的事实来获取完全真实准确的信息，因此我们所认为的事实真相实际是我们依据我们可以获得的相关信息，并根据现有的知识体系，对可能发生的事实所进行的合理判断。由于信息的数量以及与相关事件的相关性不同，不仅一个人对不同的问题的确信程度会有差别，而且因为个体之间的各种差别，不同的人面对同样的信息也仍然会有不同的确信，甚至在极端情况下可能有相反的判断和确信，因此需要对信息的准确完整程度有客观衡量标准。例如作为审批结果重要依据的证据只是给予概率性的知识，而通过概率论的使用可以获得真实结论，使正确裁决概率最大化。

在广义的立法层面，相关信息也同样重要。这是因为，立法和行政决策不仅影响面广而且持久，且立法和行政决策的效果受诸多社会变量交叉影响，法律实施后果与立法初衷是否符合在立法时难以预测，导致好心办坏事或法律在现实中难以有效执行。为了尽可能地预测未来可能发生的情况，首先需要掌握大量的精确的信息。

人们对于未来的预测往往是基于已有的经验和知识积累。但由于人们所掌握信息的完整性、准确性的欠缺，以及通过信息进行因果推论的局限性，在很长一段时期内，人们的能力都不足以精确预测并有效应对未来，仍然需要不断地获得新的信息、新的知识，并做出相应的法律和法律行动的调整。从这个意义上来说，随着现代社会对相关信息的获取和处理能力的加强，就立法和行政而言，现今和未来的法治已经不再是依据规则的治理，而更多是依据信息的治理。在 20 世纪末 21 世纪初，美国法学家霍姆斯就曾经说过，法律研究的未来是属于经济学家和统计学工作者，而不是属于研究“白纸黑字”的律师。

早在 200 多年前，休谟就曾指出，如果所有的事实/信息问题都能解决，那么社会甚至不会存在有任何道德争议。而获得各种信息和有效处理信息的基本手段和平台是科技。随着新技术的发展，人们正试图将新技术特别是信息技术

应用到法律实践、法学研究领域。但在提升法治思维、促进司法公正、推动法律服务转型的同时，也给立法、执法和法学研究提出了新的问题。大数据和区块链技术的出现，为司法领域信息的获取和使用提出了新的方法。

3. 大数据预测颠覆因果关系

法律的因果关系是一道世界性的难题，围绕法律因果关系的争论至今仍在进行。总的来说法律因果关系，重点是探索危害事实行为与危害事实后果的关系，当一个损害事实后果产生，必须进行法律责任追究，这时人们就要寻找和分析产生损害事实后果的相关行为（作为、不作为）因素。探究法律因果关系并不要求全面把握结果之前所有因素及其相互作用的总和，法律因果关系从事实层面上看是危害行为因素与危害事实结果之间的关系，它们之间并不具相当性，也不具有必然性。

人们发现技术的局限性会限制科学因果关系在法律上的认可，当技术无法保证科学因果关系的确认和测度时，科学因果关系会在法律上受到限制。但是，有许多社会现象的因果关系非常复杂，特别是具体案件的因果关系确认，由于专门技术的缺乏或专门技术的可靠性不够或效率不够，无法满足社会对于其他因素的考虑，科学因果关系对法律制度的影响就会受到重大的社会限制。

在现代，科学要想对法律制度产生重大影响，至少在相对大的程度上取决于与科学相联系的技术发展水平。大数据技术的发展就为探究法律因果关系提供了一种新的可能性。麦肯锡全球研究所认为大数据是“一种规模大到在获取、存储、管理、分析方面大大超出了传统数据库软件工具能力范围的数据集合”。维克托·迈尔-舍恩伯格³提出大数据时代思维变革的三个特征：① 思维所据以进行分析的不再是随机样本，而是全体数据；② 不再追求精确性，允许混杂性；③ 思维依据的归责不再是因果关系，而是相关关系。

³ 维克托·迈尔-舍恩伯格，大数据时代：生活、工作与思维的大变革[M]，杭州：浙江人民出版社，2013。

不同于“前信息时代”人们普遍追求的因果关系的检验，大数据主要从相关性着手，从本质上改变了传统数据的收集、判断、传播、使用模式。和确定性的因果关系不同，相关关系以一种不确定的认定方式显示事物之间的关联性。相关关系描述两个变量之间如果一个发生变化，另一个随之发生唯一确定值变化，这是变量之间确定的函数关系。而一个变量发生变化，另一个可能与之发生正相变化或负相变化，也可能发生强变化或弱变化。通过大数据分析寻找两个事物的相关性，不仅仅体现出一种思维方式的转变，还颠覆了传统的对于世界的认知模式。传统的因果关系认知模式要求我们在探究事物之间的关系时，要定位到引发事物改变的确切原因，即“为什么”；而大数据的相关分析则只需要知道二者是相关关系即可，至于二者哪个是因哪个是果则并不重要，避免了进行因果关系链条的无限回溯。在海量数据的基础上分析出事物之间的客观规律和相互关联，让收集的海量数据自己说话，以此可以有效缓解社会事实与法律规范之间相脱离的状况，法律因果关系判断中缺乏解释力和说服力的情况就可以得到较好的解决。

无论是法律中的因果关系认定还是类推适用，都是在规范性法律思维和社会事实之间做有效连接。这样的要求使得法律的性质和目的不是对于事物本质的探究，而是规范与事实之间的有效联系与处理。这种联系和处理的结果在于，事物之间联系标准的确立反映出事物之间普遍性客观联系，因而可以获得最大化的公众信任和接受效果，同时又在规范性的法律要求框架内运行。既有的各种法律因果关系认定理论和法律类推理论都没有较好地实现这个目标，原因就在于在事实层面和规范层面的顾此失彼。大数据中相关性分析之所以能够为法律因果关系认定和法律类推提供启示，在于其建立在海量数据之上的基础优势，以及数据挖掘、数据关联性分析科学方法所带来的对于事实与操作标准的有效解释和处理。

4. 电子数据证据在司法领域的应用

互联网正以前所未有的广度和深度，影响着人们生产、生活的方方面面。随之而来，电子数据的重要性也日益凸显。新技术的出现也带来了新的法律问

题。比如在法律实践中，对于网络侵权案件，当事人需要将留存于网络或计算机上的证据展现给法庭，而如何将留存在网络和计算机上的证据进行收集、保全、审查等一系列问题就随之产生。越来越多的司法证据正从“原子”向“比特”转变。

在我国，“电子数据”一词虽然早就有人提及，但却长期没能明确其法律地位。由于对其自身缺乏认识，加上立法的滞后性，实践中经常把“电子数据”混同于“视听资料”。

2011年8月30日，十一届全国人大常委会第二十二次会议初次审议的《中华人民共和国刑事诉讼法修正案（草案）》在证据种类的划分上有了一个重要的突破，即将原来证据种类“（七）视听资料”，修改为“（七）视听资料、电子数据”，明确提出“电子数据”，由此正式确立了电子数据作为证据的法律地位。

2012年8月31日，十一届全国人大常委会第二十八次会议审议通过了关于修改《民事诉讼法》的决定，修改后的《民事诉讼法》已经于2013年1月1日起开始正式实施。修改后的《民事诉讼法》第63条将“电子数据”新增为一种新的证据形式。

一般而言，电子数据（electronic data）是指基于计算机应用、通信和现代管理技术等电子化技术手段形成包括文字、图形符号、数字、字母等客观资料，包括但不限于电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博、手机短信、电子签名、域名等。

电子数据并非是一种全新的证据，它是在传统证据分类的基础上演变而来。判断电子数据与传统证据不同之处不在于证明机制不同，而在于证据的载体形式不同。例如，樊崇义教授对电子数据的概念界定为：“电子数据即电子形式的数据信息，所强调的是记录数据的方式而非内容。”

对于电子数据的界定，可以参照《电子签名法》中关于“数据电文”的概念：“数据电文是指以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的信息。”

日本《刑法》新增第七条规定：本法所称电磁记录者，是指以电子方式、磁气方式或其他无法以人之知觉加以认识之方式所制造之记录，而供电子计算机处理资料之用者。联合国《电子商务示范法》第 2 条规定：电子数据是指由电子手段、光学手段或类似手段生成传送、接收或储存的信息。

4.1 电子数据具有不易感知性和依赖性

相比于传统证据类型易于感知的特点，电子数据具有不易被人感知的属性。在传统证据类型中，如书证、物证、证人证言、鉴定意见等，都能够轻易地被人们从视觉上所感知，而电子数据则很难做到这一点，一方面是由于电子数据的技术复杂性，另一方面也由于电子数据依赖于相关的载体来呈现。只有通过一定的载体才能转化为人们所能够感知的形式。

4.2 电子数据具有保存期限的长期性

由于电子数据是以电子的形式存在，不存在物理意义上的实体性，相较于书证、物证等证据类型，其保存可以不受相关载体的限制，保存的期限在理论上可以无限长。

4.3 电子数据具有易被篡改性

由于电子数据存在形式的特殊性，电子数据易于被篡改和伪造，而且对电子数据的篡改和伪造比一般的证据更为快捷便利和易于隐藏。由于现代社会网络的不健康发展，电子数据也容易受到各种计算机病毒和系统障碍的影响，从而发生变化，导致其真实性和可靠性遭到质疑。

4.4 电子数据具有易于复制性

由于电子数据是以电子的形式储存，和传统的书证、物证等证据类型的复制相比，电子数据的复制则显得更为简单。而且其复制的完整性和可靠性能够最大限度地与原始状态保持一致。

电子数据在目前的司法实践中被列入两大诉讼法的法定证据类型后，针对

电子证据的保全成为亟待解决的问题。然而，如何对电子证据进行保全，目前还没有相关具体的司法实践操作规则。由于电子数据具有易篡改性和易复制性，这就要求数据保全过程中需要技术手段保证数据不被篡改和删除，且电子数据能够自证其产生的时间。

传统上，出于对第三方数据保全平台独立性和公正性的担心，数据保全平台还需要与公证处合作，采用行政公信力作为背书。但这种中心化的信任系统事实上仍然无法从技术上解决数据不被篡改的问题。此外，通过中心化的信用背书，也只能将信用局限在一定的机构、地区或者国家的范围之内。而以个人抑或企业政府的信用进行背书产生了巨大的时间和经济成本。但是在漫长的人类历史中，无论每个国家的宗教、政治和文化是如何地不同，唯一能取得共识的是数学（基础科学）。因此，可以毫不夸张地说，数学（算法）是全球文明的最大公约数，也是全球人类获得最多共识的基础。

区块链技术即是这样一种以数学算法（程序）作为背书，基于公开透明的数学算法（程序）实现共识的规则。区块链（Blockchain）是指通过去中心化和去信任的方式集体维护一个可靠数据库的技术方案。该技术方案主要让参与系统中的任意多个节点，通过一串使用密码学方法相关联产生的数据块（block），每个数据块中包含了一定时间内的系统全部信息交流数据，并且生成数据指纹用于验证其信息的有效性和链接（chain）下一个数据库块。

去中心化的信任架构具有四个特征：去中心化（Decentralized）、去信任（Trustless）、集体维护（Collectively Maintain）、可靠数据库（Reliable Database）。在区块链网络中没有中心化的硬件或者管理机构，任意节点之间的权利和义务都是均等的，且任一节点的损坏或者失去都会不影响整个系统的运作，因此也可以认为区块链系统具有极好的健壮性。与传统中心化信任体系不同，参与整个系统中的每个节点之间进行数据交换是无须互相信任的，整个系统的运作规则是公开透明的，所有的数据内容也是公开的，因此在系统指定的规则范围和时间范围内，节点之间不能也无法欺骗其他节点的，而系统中的数据块是由整个系统中所有具有维护功能的节点来共同维护的，这些具有维护功能的节点是任何人都可以参与的，整个系统将通过分数据库的形式，让每个参与节点都能

获得一份完整数据库的复制。除非能够同时控制整个系统中超过 51% 的节点，否则单个节点上对数据库的修改是无效的，也无法影响其他节点上的数据内容。因此参与系统中的节点越多和计算能力越强，该系统中的数据安全性越高。

基于区块链技术的特性，可以通过数字摘要算法（哈希算法）为任何电子数据生成独一无二的数字摘要，以证明文件的内容，并利用区块链的时间戳证明文件是什么时间成立的，哈希值加时间戳即可生成永久不可改变的、准确的电子数据存在性和完整证明。

5. 信息技术给法律带来的挑战

“互联网+”时代，信息技术势将改变立法、执法和法学研究，促使整个社会发生巨大的变革。但目前信息技术在法律领域的应用尚处于发展初期，面临一系列的挑战。

5.1 挑战一：与传统技术架构的矛盾

信息技术在传统商业领域和其在司法领域的应用有很大不同，有些在司法领域的独特需求依靠原有技术架构是无法实现的。例如，传统互联网的核心精神是开放包容、匿名共享，所以在实际网络中数据保密性差、对数据篡改无能为力，无法审计到真正的行为执行者，且不支撑抗抵赖。因此电子数据证据要求的数据安全、防篡改、抗抵赖无法在现有互联网架构上实现，迫切需要在司法领域采用新的技术架构以满足其新需求。

5.2 挑战二：信息技术的重要性尚未得到充分认识

新技术的发展大大领先于法律、规范的制定和实施，其重要性、应用场景和价值还没有得到普遍认可。由于已有应用和数据在线上运行尚未出现大的问题，因此部分企业单位存在侥幸心理。目前大家对司法领域新信息技术的应用还处于观望状态。

5.3 挑战三：数据开放与隐私保护

新信息技术的应用不可避免地带来个人隐私信息在网上被泄露的风险。例如，大数据技术的出现就为通过交叉分析发现用户的真实身份、发现用户的个人爱好等隐私提供了新的可能性。

5.4 挑战四：对信息服务提供商缺乏信任

由于用户需要把重要数据委托电子数据服务商进行存储和操作，但资源的共享引出诸多信息安全问题。

5.5 挑战五：技术标准有待完善

司法领域的信息技术应用，涉及硬件厂商、软件厂商、网络服务提供商、可信服务商、第三方验证机构，因此需要统一标准。目前，相关标准的研制还处于起步阶段，目前虽已研制了一些相关标准，但总体来讲标准还较为缺乏。未来需要依据技术体系，从基础、技术、产品、应用等不同角度进行分析，形成标准体系框架。

5.6 挑战六：相关法律法规尚不完善

互联网等高科技依据所谓的“摩尔定律”，技术每隔两年就会更新一次，而对于复杂的诉讼来说，两年还算不太长。另一方面，科学技术的发展总是通过创新来实现的，而这种创新必然是在过去未曾出现的，也是基于经验的法律未曾考虑到的。法律具有保守的倾向，法律是保守的力量而不是改革的力量，它总是落后于经济、社会的发展。法律的稳定性（实质上就是倾向于过去、倾向于保守）与社会生活的变革总是产生矛盾与冲突，因而出现“时滞”问题。

6. 结语

为了迎接上述挑战，实现党的十八届四中全会提出的“坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设，实现科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，

促进国家治理体系和治理能力现代化”。应逐步健全和完善适应信息技术进步的法律制度，处理好科技的创新性与法律的保守性、科技的连续性与法律的间断性、科技的普遍性与法律的多样性之间的矛盾；提高立法效率，特别是针对科技领域的立法可以考虑适当简化，加快速度，如此才能适应现代科学技术条件下迅速的业态转变；增强法律的前瞻性，听取技术专家的建议，充分考虑新技术对社会、产业、法律、道德等领域的影响。

技术从来都是“双刃剑”，它在为人类社会带来进步的同时，也对现有法律观、权利观以及道德观形成挑战。技术进步离不开规则和法律的守护，而法律也在不断地挑战与回应中得以完善。掌握好二者相互关系，未来信息技术必将在立法、司法和法学研究领域起到更大的推动作用。



第 04 辑 调研报告



01 欧美跨境数据转移法律博弈之考察

张金平 张 平

张金平 北京大学法学院 博士研究生

张 平 北京大学法学院教授 知识产权学院常务副院长

互联网与大数据产业的发展，促进企业不断强化数据的收集、整合、处理和利用，全球消费者的信息在国际间大规模流动已成趋势。数据的全球流动是市场经济发展的必然，并随着移动互联网的普及成为世界各国普遍关注的焦点。对于主权国家而言，企业经营中获得的消费者数据不仅涉及公民的隐私权，也关乎国家安全。

欧美自 20 世纪 70 年代以来，在数据跨境转移问题上一直存有冲突，但以“欧美国安全港协议”为妥协结果，双方保持了相当长时期的稳定合作。斯诺登事件让美国失去了“欧美安全港框架协议”的庇护，美国不得不在新的“欧美安全盾协议”中再次让步，但美国仍然私下通过了《网络安全情报共享法案》，鼓励美国企业自愿共享网络安全情报。欧盟的回应非常强烈，在 2016 年 4 月迅速通过更加严苛的《通用数据保护条例》，明确规定了让美国企业最不愿意看到的“被遗忘权”和“数据携带权”。欧美在数据跨境转移问题上，可谓一波未平，一波又起。

在这样的背景下，我国作为互联网大国，在数据跨境转移问题上无法置身

事外。2015 年 6 月，全国人大初步审议并发布了《中华人民共和国网络安全法（草案）》，拟对跨境数据转移进行规制。该草案目前仍在审议，对于跨境数据转移问题也只是做了原则性规定，具体规则尚未明确。

他山之石可以攻玉，本文将考察欧美在数据跨境转移问题上各个回合的法律博弈，以期为我国立法提供一个参考路径。

1. 欧美博弈的缘起：经济与政治的斗争

通常而言，跨境数据转移是指信息在不同法域之间流动¹。所谓“转移”，主要考虑了数据流动中涉及的两个不同法域下的不同主体，数据流出国称为“出口国”，数据流入国称为“进口国”。跨境数据转移的问题，主要是指数据出口国和进口国之间对于数据保护和数据跨境监管的法律冲突与调和。从全球贸易与谈判的角度而言，跨境数据转移则涉及国际贸易的政策问题。

1.1 美国新兴产业扩张：引发欧洲多国的恐惧

20 世纪 70 年代，美国国防部发起的阿帕网开始了国际互连，随后局域网和互联网得到商用。与此同时，美国计算机公司在世界各国开展跨国业务，每年出口超过 120 亿美元的计算机设备和系统，通过这些设备和系统形成的局域网以及互联网，收集、存储和跨境转移大量数据，掌握了其他国家绝大多数的政府机构、商业、个人、科研等信息，抢占了全球与计算机有关产业的半壁江山²。这些信息，对于一国经济自主和政治自由都有非常重要的作用，如果一国没有办法对本国的数据具有掌控权，而需要求助于他国返还数据，那就丧失了自主

1 European Union Agency for Fundamental Rights, the Council of Europe and the Registry of the European Court of Human Rights, Handbook on European data protection law, Publications Office of the European Union, 2014, at 130. See also Christopher Kuner, Transborder Data Flows and Data Privacy Law, Oxford University Press, 2013, at 11, available at http://fdslive.oup.com/www.oup.com/academic/pdf/13/9780199674619_chapter1.pdf (last visited May 15, 2016).

2 See Garry S. Grossman, Transborder Data Flow: Separating the Privacy Interests of Individuals and Corporations, 4 Nw. J. Int'l L. & Busi. 1, 4 (1980).

权和主动性。印度国家科技与发展研究中心 1982 年《跨境数据流动争议》报告指出,美国十家计算机企业占据全球 85% 的计算机供应和计算机数据服务 (IBM 就占据近半的份额), 其中处理的数据 80% 存储在美国³。所以, 有评论毫不夸张地指出, 美国从互联网的形成之日起就成为世界数据的服务器⁴。

随着互联网商业化的发展和信息数字化的推进, 欧洲国家对美国的数据掌控能力产生恐惧——未来的经济和信息恐将都掌握在美国人手中⁵。例如, 法国大法官路易·儒瓦内在 1977 年经济合作与发展组织 (OECD) 隐私大会上指出: “信息是一种实力, 经济信息是经济实力的代表。信息具有经济价值, 一国对于某些类别数据的存储和处理的能力能够赋予一国相对于他国的政治和技术上的优势。反过来, 跨国数据转移却会导致一国国家主权的丧失。”⁶ 事实上, 欧洲这些国家的担心并不是天方夜谭, 在后来得到应验。最好的证据, 当属 2013 年美国中央情报局的爱德华·斯诺登披露的棱镜门事件⁷。

1.2 欧洲国家的应对: 立法限制数据跨境转移

欧洲各国从政治、经济等层面加强跨境数据转移的对策研究。1973 年达成的《国际电信公约》以及签约国的保留条款约定: 主权国家有权进行国内立法,

3 见 National Institute of Science Technology & Development Studies (B.M. GUPTA and S.P. GUPTA), Transborder Data Flow Debate, *Annals of Library Science and Documentation*, Vol 29 (2), 53-54 (1982).

4 见 Justin Ling, The World's Next Major Trade Agreement Will Make NSA Spying Even Easier, available at <http://motherboard.vice.com/read/the-trans-pacific-partnership-will-make-nsa-spying-easier> (last visited May 15, 2016).

5 见 Marc Rotenberg, On International Privacy: A Path Forward for the US and Europe, available at <http://hir.harvard.edu/archives/5815> (last visited May 15, 2016).

6 见 Statement of Louis Joinet, French Magistrate of Justice, Remarks before the Organization for Economic Cooperation and Development Symposium on Transborder Data Flows and the Protection of Privacy, in Vienna, Austria (Sept. 1977), cited in Christopher Kuner, Data Nationalism and Its Discontents, available at <http://law.emory.edu/elj/elj-online/volume-64/responses/data-nationalism-its-discontents.html> (last visited 24 July 2015). See also Jane A. Zimmerman, Transborder Data Flows: Problems with the Council of Europe Convention, or Protecting States from Protectionism, *N.W. J. INT'L L. & Bus* 18 (1982).

7 见 Greenwald Glenn, MacAskill Ewen, Poitras Laura, Edward Snowden: The Whistleblower Behind the NSA Surveillance Revelations, available at <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance> (last visited May 15, 2016).

治理本国的电子通信，暂停国际电子通信（第 20 条），并以国家安全为由进行限制⁸。不过，在《跨境数据流动争议》报告中显示的跨境数据转移涉及个人数据仅占 10% 左右⁹，但最终大多数欧洲国家却选择从隐私保护的角度在国内通过立法保护个人数据，限制这些数据的跨境转移，防止数据被滥用¹⁰。例如，1973 年，瑞典、法国、德国、丹麦、奥地利、挪威出台数据保护立法，卢森堡、英国、葡萄牙、西班牙、比利时等国则在酝酿相关立法。其中，瑞典最早出台数据保护法，也是第一个在立法中明确规定个人数据跨境转移必须向瑞典数据监管委员会申报并获得许可的国家¹¹。

1.3 经济合作与发展组织（OECD）的协调：没有强制力的指南

由于各国经济发展受到越来越多的数据跨境转移的影响，不同欧洲国家的不同数据保护立法不仅给这些国家与美国的数据跨境转移造成影响，也限制了欧洲国家之间的数据转移。因此，美国与欧盟国家都希望通过各种国际组织在数据转移上寻求共识。

OECD 作为以欧洲国家为主，包括美国、加拿大、澳大利亚等国的国际组织，经过多年努力后，终于在 1980 年发布了《关于隐私保护和个人数据跨境转移的指南》（下称《OECD 指南》）¹²。《OECD 指南》包括 5 部分 22 条。其中，

8 International Telecommunication Convention, available at http://www.itu.int/dms_pub/itu-s/oth/02/09/S020900000A5201PDFE.PDF (last visited May 15, 2016).

9 见 National Institute of Science Technology & Development Studies (B.M. GUPTA and S.P. GUPTA), Transborder Data Flow Debate, *Annals of Library Science and Documentation*, Vol 29 (2), 53-54 (1982), available at [http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/28024/1/ALIS%2029\(2\)%2051-63.pdf](http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/28024/1/ALIS%2029(2)%2051-63.pdf) (last visited May 15, 2016).

10 OECD, The General Background of OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, available at <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm> (last visited May 15, 2016).

11 Id; see also Herbert Burkert, Privacy-Data Protection: A German/European Perspective, available at <https://www.coll.mpg.de/sites/www.coll.mpg.de/files/text/burkert.pdf> (last visited May 15, 2016).

12 OECD, Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, available at <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata>

第 1 部分为一般条款，规定该指南为数据保护的最低标准。第 2 部分规定成员国内部适用层面的 8 大数据处理原则，包括限制收集原则、数据质量原则、目的明确原则、使用限制原则、安全保障原则、透明原则、个人参与原则和责任原则。第 3 部分规定数据跨境自由流动和正当限制的国际适用层面的基本原则：①成员国应当避免以隐私保护和个人自由的名义出台立法或政策限制数据的自由流动；②特殊情况下的跨境数据正当限制，即成员国可以根据国内已有立法，认为其他成员国未对特定类型数据采取同等保护的情况下限制跨境转移。第 4 部分规定成员国应当设立相应部门执行指南。第 5 部分规定成员国之间在数据保护和跨境转移方面的合作。

然而，《OECD 指南》仅是一个推荐指南，并没有强制力，在内容上也主要体现出欧洲国家的意志，美国对于该指南的执行并不积极。

为了更坚定欧洲各国的立场、进一步协调欧洲共同体成员国的数据保护立法，欧洲共同体委员会在 1981 年发布《关于个人数据自动处理过程涉及的各国监管机构与跨境数据转移的个人保护公约》。与《OECD 指南》不同的是，该公约对欧共体各国具有约束力。在内容上看，该公约仅有 3 条。其中，第 2 条规定向非成员国进行数据跨境转移并须向成员国当局备案，并且仅在该非成员国对转移的个人数据提供适当保护的情况下转移，这种“适当”的评估，可以依据非成员国的本国立法确定，也可以由成员国数据保护当局对数据转移合同条款的评估而定¹³。从效果上看，该公约加强了欧洲国家对于数据跨境流动的立场：在成员国内部自由流动；向非成员国进行跨境转移需要进行评估。因此，欧美在数据跨境问题上的分歧越来越大。

.htm (last visited May 15, 2016).

13 Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data regarding supervisory authorities and transborder data flows, available at <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/181.htm> (last visited May 15, 2016).

2. 安全港框架协议：美国的妥协

如果说在 20 世纪 70 年代主政的吉米·卡特政府对于隐私保护也有高度关注的话¹⁴，那么 1981 年上台的罗纳德·里根总统对隐私保护问题可谓漠不关心，因为他要解救美国经济危机而大力发展经济。因此，在他任期内，整个美国政府和企业事实上都未落实《OECD 指南》¹⁵。在大西洋的彼岸，欧洲各国在为增强整个欧洲的经济实力而加强联合，并最终通过 1993 年生效的《欧洲联盟条约》，正式成立欧盟。此后欧盟在数据跨境转移的立场更加统一而强硬，迫使美国做出让步。

2.1 欧盟强势出击：立法设置门槛

在 1995 年 10 月 24 日，欧盟迫不及待地出台了《关于个人数据自动处理和自由流动的个人保护指令》（下称《数据保护指令》），并再次强调此次立法是为了协调各成员国的数据保护立法，保护人权和促进经济发展。

在内容上，《数据保护指令》在《OECD 指南》的基础之上规定了 8 章 34 个条款。其中，（1）第 1 章规定了重要的概念和适用范围：①“个人数据”指的是任何可以直接或间接确认自然人身份的信息，特别是身份证、身体信息、精神状态、经济状况、文化或社会地位等一种或多种信息；②“数据处理”指的是任何不以自动化方法为必要的单个或多个对个人数据的处理，例如收集、记录、组织、存储、修改、检索、咨询、使用、披露、传播或向公众提供、删减或组合、屏蔽、删除或破坏；（2）第 2 章规定合法处理个人数据的基本原则：①合法处理原则；②目的限制原则；③同意处理原则；④敏感信息特别处理原

14 吉米·卡特主政时期，在 1977 年商务部设立了隐私协调委员会，1978 年将该委员会升级为全国电信与信息局，负责隐私保护的研究和政策建议。但在里根总统上任后，这些机构就不再运转。See World Privacy Forum, Commerce and International Privacy Activities: Early Years of Privacy at Commerce, <https://www.worldprivacyforum.org/2010/11/report-commerce-and-international-privacy-activities-early-years-of-privacy-at-commerce/> (last visited May 15, 2016).

15 同注 14。

则；⑤出具处理与言论自由冲突时的比例原则；⑥透明原则；⑦信息主体的获取权；⑧成员国可进一步立法限制个人数据处理的例外情况和事由（国家安全、防卫、公共安全等 6 种事由）；⑨信息主体的反对权；⑩保密处理和安全处理原则；⑪向数据监管局汇报的义务（汇报内容包括向第三方进行数据转移）；⑫数据监管局（接到汇报后存疑或者直接依职权）的事先审查；（3）第 4 章规定数据向非成员国跨境转移的规则：①转移的前提是该非成员国提供了适当的保护；②欧盟委员会评估非成员国是否提供适当保护；③对于欧盟委员会评估的未提供适当保护的成员国，成员国必须采取一切必要手段阻止数据向该国转移；④成员国在特别情况下可以允许个人数据向未通过评估的非成员国转移数据的情况（如该数据个人的明确同意、数据控制者提供了经成员国评估且适当的保护）；⑤欧盟委员会可以对未达到适当保护水平的非成员国的谈判；（4）第 5 章规定执行机构和监督权的行使办法：①成员国必须设立数据监管部门进行执法；② 欧盟委员会成立工作组（简称第 29 条工作组）来评估非成员国是否提供个人数据的适当保护，并负责向欧盟委员会提供意见和建议。

《数据保护指令》大大强化欧盟各国个人数据的保护水平，明确成员国必须设立数据监管部门进行个人数据跨境转移的事先审查制度和批准制度，并设立第 29 条工作组来评估非成员国是否提供适当保护。

2.2 美国被迫妥协：安全港框架谈判

美国现有的隐私保护立法是分散的，联邦层级的立法仅针对健康信息和信用信息等特定类型数据进行专门性立法保护。例如，1970 年针对征信机构收集和使用的消费者信用与保险信息的保护通过《公平信用报告法》；1996 年为规范医疗机构以电子形式使用个人健康信息的商业行为通过《健康保险携带与责任法》¹⁶。

然而，美国这种分散式立法和行业自律的隐私保护模式，并没有得到欧盟的认可。欧盟第 29 条工作组认为，美国模式，即与行业自律相结合的隐私保护

¹⁶ 见 White house, Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values, available at https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_5.1.14_final_print.pdf(last visited May 15, 2016).

模式，不符合欧盟有关数据转移所要求的提供了个人数据的适当保护¹⁷。这个评估使需要将数据从欧盟跨境转移到美国的企业遭受致命的一击，因此，美国企业联合起来要求美国商务部出面解决这个问题¹⁸。

无奈的是，在现有国际法框架下，美国商务部并不能通过世界贸易组织（WTO）争端解决机制来解决这个争议。WTO1994年《服务贸易总协定》明确将个人数据处理和传输过程中的隐私保护问题作为例外留给成员国进行国内立法¹⁹。

换言之，一国的隐私保护立法并不构成国际贸易的壁垒。这就迫使美国不得不让步，选择在《数据保护指令》生效之前与欧盟委员会谈判²⁰。

谈判之初，美国试图提出一些缓解方案，例如欧盟允许美国企业进行自行验证。然而，欧盟强烈希望美国通过专门的立法和专门机构来保护个人数据²¹。作为最大贸易伙伴，双方都清楚，谈判僵化对各自都没有好处。因此，双方都在找寻对方的底线：欧盟清楚美国立法程序复杂难以通过国内立法，但欧盟将隐私作为人权来保护的高标准不能变；美国也承认愿意接受对个人数据提供欧盟式的高标准保护，但前提是不必通过专门立法，且欧盟接受美国的行业自律的保护模式²²。

17 Article 29 Data Protection Working Party, OPINION 1/99 concerning the level of data protection in the United States and the ongoing discussions between the European Commission and the United States Government (Adopted by the Working Party on 26 January 1999), available at <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/1999/wp15en.pdf> (last visited May 15, 2016).

18 The Department of Commerce, Safe Harbor Workbook, available at http://www.export.gov/safeharbor/eg_main_018238.asp (last visited May 15, 2016).

19 见 General Agreement on Trade in Services, Article XIV: General Exceptions, available at https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats_01_e.htm (last visited May 15, 2016).

20 见 also Henry Farrell, Negotiating Privacy across Arenas: The EU-US "Safe Harbor" Discussions, available at <http://www.utsc.utoronto.ca/~farrell/privacy1.pdf> (last visited May 15, 2016).

21 Article 29 Data Protection Working Party, OPINION 1/99 concerning the level of data protection in the United States and the ongoing discussions between the European Commission and the United States Government (Adopted by the Working Party on 26 January 1999), available at <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/1999/wp15en.pdf> (last visited May 15, 2016).

22 Henry Farrell, Negotiating Privacy across Arenas: The EU-US "Safe Harbor" Discussions, available at

为了进行有建设性的谈判，美国以退为进。美国商务部谈判代表大卫·亚伦（David Aaron）提出“安全港框架”（safe harbor framework）的概念来解决双方在隐私保护理念和机制上的不同。所谓的“安全港框架”，指的是美国商务部起草一个有关遵守欧盟有关数据转移要求的个人数据保护原则的框架，美国企业自评其隐私保护政策和措施并自愿加入这个框架，遵守框架规定的原则；而欧盟委员会一旦同意这个框架，就预设框架名单上的美国企业（“白名单”）符合《数据保护指令》的要求，并自动得到欧盟和各成员国的认可，从而可以安全地进行数据跨境转移²³。

对于这个提议，欧盟委员会表示担忧：框架草案里的原则设置了限制或例外，企业自评、自愿加入并没有办法保障企业遵守欧盟的规则，而成员国数据监管机构的调查及其决定很难跨越国际法而得到美国的直接执行。因此，欧盟第 29 条工作组建议：首先，框架里的原则必须包括《OECD 指南》的所有原则，而且不能对这些原则设置限制和例外；其次这个框架的加入虽然是自愿的，但一旦加入就要强制执行框架中的原则；再次，美国必须有对应的机构与欧盟委员会对接，公开哪些企业加入了这个框架，并配合欧盟开展调查；最后，美国要有专门机构来监督这些企业，欧盟公民的申诉也可以在美国得到救济，从而确保美国企业遵守安全港框架²⁴。

<http://www.utsc.utoronto.ca/~farrell/privacy1.pdf> (last visited May 15, 2016).

23 见 David Aaron, Safe Harbor Letter from Ambassador Aaron (19 April 1999), available at business.usa.gov/sh_en_aaron0419_Latest_eg_main_018373.pdf (last visited May 15, 2016).

24 Series documents issued by Article 29 Data Protection Working Party: OPINION 1/99 concerning the level of data protection in the United States and the ongoing discussions between the European Commission and the United States Government ; Opinion 2/99 on the Adequacy of the “International Safe Harbor Principles” issued by the US Department of Commerce on 19th April 1999; Opinion 4/99 on The Frequently Asked Questions to be issued by the US Department of Commerce in relation to the proposed “Safe Harbor Principles” ; Working document on the current state of play of the ongoing discussions between the European Commission and the United States Government concerning the “International Safe Harbor Principles” ; Opinion 7/99 On the Level of Data Protection provided by the “Safe Harbor” Principles as published together with the Frequently Asked Questions (FAQs) and other related documents on 15 and 16 November 1999 by the US Department of Commerce; those documents available at http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm (last visited May 15, 2016).

经过近两年的谈判，美国基本上满足了欧盟的上述要求，并在 2000 年 7 月 21 日提出了最终的安全港框架和执行这个框架的常见问题²⁵。在 2000 年 7 月 26 日，欧盟委员会予以正式批准²⁶。

在操作上，整个安全港框架的落实有几大事项和步骤：①美国企业必须遵守 7 大原则：a. 通知原则，即通知数据主体收集的目的及其政策；b. 对使用范围的选择原则，即可以选择是否包括同意将其个人数据披露给第三方，或使用于非收集时说明其目的；c. 对外转移数据原则，即企业将数据披露给第三方的，应当确保该第三方在书面形式上满足欧盟《数据保护指令》的要求，此后该第三方发生数据使用违规时无须承担责任；d. 安全原则，即企业必须采取合理措施保护数据的安全；e. 数据统一性原则，即企业应确保个人信息与其收集的目的相一致，并采取合理措施确保数据的可靠性；f. 获取原则，即个人必须有权获取其个人信息，确保其准确性；g. 执行原则，美国（联邦贸易委员会和运输部）应采取适当的机制保障其企业遵守安全港要求。②美国企业自评其隐私政策后以书信方式报告给美国商务部，该书信由企业代表签署，内容应包括：a. 公开的隐私政策；b. 隐私政策执行有效时间；c. 联系人员；d. 纠纷的司法管辖；e. 加入哪些隐私协会；f. 内部或第三方评定的方法；g. 解决个人申诉的独立机制。③美国商务部公开的经自评的企业白名单，即美国商务部收到企业自评信后，将这些企业名单及其提交的自评信对外进行公布，企业要享受安全港福利就必须每年提交自评信，商务部也每年更新名单。④欧盟及成员国自动承认白名单上的美国企业符合欧盟的要求。⑤安全港框架的执行依靠美国行政监管部门的自愿加入加以保障：美国联邦贸易委员会加入执法，依照美国联邦贸易委员会法第 5 章（与商业有关不正当或欺诈）来监管企业²⁷，对于违反安全港框架的企业进行罚款或提起诉讼；美国

25 The U.S. Department of Commerce, Safe Harbor Privacy Principles, available at http://www.export.gov/safeharbor/eu/eg_main_018475.asp (last visited May 15, 2016).

26 2000/520/EC: Commission Decision of 26 July 2000 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the safe harbour privacy principles and related frequently asked questions issued by the US Department of Commerce (notified under document number C(2000) 2441) (Text with EEA relevance.), available at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32000D0520> (last visited May 15, 2016).

27 美国企业在提交美国商务部自评信表示自愿遵守安全港框架之后，实际违反该框架的，构成虚假表示或欺诈。

交通部加入执法，对航空企业的跨欧数据转移进行监管²⁸。⑥欧盟成员国数据监管局有权依照安全港框架及常见问题暂停美国企业的跨境数据转移。⑦欧盟对安全港框架的实施保有审查权，如果美国没有执行安全港框架，欧盟有权宣布该框架不符合欧盟有关数据跨境转移的适当保护要求²⁹。

这个框架是一个双赢的结果：一方面，使美国得以最大程度上保留其企业自律、分散立法的隐私保护模式，而无须专门进行隐私保护统一立法来满足欧盟的跨境数据转移的要求，从而以最低成本、最简便的方式来方便美国企业（尤其是中小企业）进行跨越欧盟的数据转移³⁰。所以，美国以退为进，成功维护了美国企业在欧洲的利益。另一方面，欧盟主动出击初见成效，通过《数据保护指令》成功给美国企业的数据跨境转移设置门槛，也同时在缺乏有力司法域外法权的情况下，通过谈判让美国政府当局就欧盟成员国公民对美国企业保护其个人数据不力的申诉提供救济，并保留了对安全港框架有效性的否决权³¹。由于美国监管金融、电信、非营利组织等部门并没有加入到安全港框架的执行机构之列，欧盟仍然不认为这些部门在这三个领域提供了适当的个人数据保护

28 由于美国联邦贸易委员会仅对一般商业性企业的不正当和欺诈行为具有监管权，美国交通部仅对航空企业有监管权，其他领域的数据跨欧转移，如金融数据、医疗数据，则还属于欧美谈判的领域。换言之，这个安全港框架仅对美国当局具有监管力的前提下有效，其他美国政府机构没有加入安全港框架执法体系的领域，则无效。参见 Article 29 Data Protection Working Party, How will the "safe harbor" arrangement for personal data transfers to the US work? available at http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/thridcountries/adequacy-faq1_en.htm (last visited May 15, 2016).

29 同上。

30 World Privacy Forum, Commerce and International Privacy Activities: The US-EU Safe Harbor Agreement, available at <https://www.worldprivacyforum.org/2010/11/report-commerce-and-international-privacy-activities-the-us-eu-safe-harbor-agreement/> (last visited May 16, 2016).

31 2001 年，欧盟委员会为了其他不符合欧盟数据保护要求的国家的企业提供了标准格式合同条款，只要该国的企业在进行跨欧数据转移时签订的合同中包括了标准格式合同条款，则视为合法转移。2003 年，为了方便跨国公司集团内部的、位于不同的非适当保护个人数据的国家的分支机构的跨境数据转移，欧盟第 29 条工作组允许该跨国公司内部提供“生效公司规则”（binding corporate rules），经其批准后，视为满足欧盟跨境数据转移的要求。参见 the Article 29 Working Party, Working Document on Transfers of personal data to third countries: Applying Article 26 (2) of the EU Data Protection Directive to Binding Corporate Rules for International Data Transfers (03.06.2003), available at http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm (last visited May 16, 2016).

的水平³²。

2.3 欧盟之间的定期评估：保持对话

表面上，欧美之间就跨境数据转移达成了安全港框架协议，美国企业可以进行跨欧数据转移。然而，欧美双方仍然各有顾虑。

对于欧盟而言，欧盟担忧这个安全港框架能否得到有效执行。早在 2000 年 7 月 5 日，欧盟议会就担忧其可行性，要求欧盟委员会认真监督美国对安全港框架的执行，每三年向第 29 条工作组、欧盟议会相关委员会提供执行报告³³。欧盟议会的这个担心，也得到印证。例如，在框架协议生效一年以后，在欧盟经营的几千家美国企业中，仅有 150 家企业加入了白名单；而且，有部分加入白名单的企业，实际上并没有完全符合框架的要求。另外，美国有执行权的机构并没有采取措施具体落实该框架达成的要求。比如，美国商务部仅仅是公布了加入白名单的企业，并没有采取措施去评估这些企业自评书的真实性，也就谈不上动用行政罚款权进行执法³⁴。

对于美国而言，这个框架协议不仅执法难度大，而且目前还不承认金融领域、电信领域和非营利组织领域的跨境数据转移合法性。目前，美国商务部和联邦贸易委员会都加入了框架协议的执法，但是这些机构各自的管辖权并不相同，也没有专门的隐私法授予的执法权，自主执法意愿不大。更重要的是，这两大机构还监管了一些与美国财政部交叉的跨境金融贸易相关的业务，其中也涉及大量的个

32 Article 29 Data Protection Working Party, How will the "safe harbor" arrangement for personal data transfers to the US work, available at http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/thridcountries/adequacy-faq1_en.htm (last visited May 16, 2016).

33 European Parliament, Report on the Draft Commission Decision on the adequacy of the protection provided by the Safe Harbour Privacy Principles, available at http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/adequacy/0117-02_en.pdf (last visited May 16, 2016).

34 Dan Cooper, EU-US Safe Harbor Regime: Five Years on, available at: <https://www.cov.com/files/Publication/b75b0e71-9293-445f-9685-8c1adbac4b2f/Presentation/PublicationAttachment/e98e1581-d44d-4d52-a454-8e5ffac7912a/oid64780.pdf> (last visited May 15, 2016).

人数据³⁵。因此，美国这些政府机构一方面急于执法，另一方面为了讨好欧盟企图扩大数据跨境的合法性范围又要加强执法。

因此，欧美双方对安全港框架协议都不甚满意，但仍抱有期望，不断加强对话。例如，在 2002 年 2 月 13 日，欧盟委员会在对安全港协议的第一次执行报告中指出：“欧盟委员会愿继续与美国商务部一道推动美国企业加入到框架协议的白名单中，并协助推进安全港框架协议的执行透明度。”³⁶

3.9 • 11 事件引发变局：欧盟的妥协

在安全港框架协议谈判中，美国迫于企业的国际市场需求，在跨境数据转移上选择妥协。然而，2001 年 9 月 11 日的恐怖袭击事件，却让美国有机会与欧盟重谈数据跨境转移，甚至有望借此扳回一局。

3.1 美国反恐为名：强势获取域外乘客名录

在 9 • 11 事件以后，美国深刻认识到民航运输系统的安全对于整个美国安全和防务的重要性，并且需要对民航系统的安全进行根本性的改革，因此美国国会通过一系列的立法进行革新³⁷。

其中，2001 年 11 月 19 日通过的《航空与运输安全法》第 115 条规定，“①任何航空器和外国进入美国航空领域的载客航空器，都应当向美国海关委员会主席提交一份乘客和机组成员的电子身份证明。②每个乘客和机组成员的信息包括：（A）名字；（B）出生日期；（C）性别；（D）如在美旅行，则同时应提

35 Sarah Cleeland Knight, Regulatory Conflict over Data Privacy: Can the US-EU Safe Harbor Arrangement Be Sustained, available at: <http://www1.american.edu/aces/cases.htm> (last visited May 15, 2016).

36 Commission Staff Working Paper - The application of Commission Decision 520/2000/EC of 26 July 2000 pursuant to Directive 95/46 of the European Parliament and of the Council on the adequate protection of personal data provided by the Safe Harbour Privacy Principles and related Frequently Asked Questions issued by the US Department of Commerce 14.02.2002 http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/adequacy/files/sec-2002-196_en.pdf (last visited May 16, 2016).

37 H. Rept. 107-296, at 53(2001).

供护照号、发照国家；(E) 美国 Visa 号或者永久居留证件号；(F) 交通部长在海关委员会主席之后认为必要的其他信息。③乘客名录(Passenger Name Record, PNR)。如果海关提出请求，航空公司应当向其提供一份乘客名字记录信息。④对于①规定的信息应当在航空器在美国降落之前提交。”³⁸2002 年 5 月 14 日通过的《促进边境安全与 Visa 入境改革法》，第 402 条要求所有在美国过境的民航飞机向美国移民与归化局（下称移民局）提交乘客和机组成员的信息，违反该规定的，则航空公司要承担每个出错信息按该乘客 1000 美元的惩罚。其中，入境美国的乘客的信息要求，与《航空与运输安全法》的要求基本一致，但还包括在美住址，以及司法部长在咨询国务卿、财政部长之后认为必要的其他确认身份的信息³⁹。2002 年 6 月 25 日通过的《乘客名录信息条例》，要求所有过境美国的航班都应当向美国海关提供乘客名录（PNR）。其中，乘客名录包括航空公司机票电子预订系统中的乘客机票预订信息以及离境控制系统（DCS）中的乘客身份、旅行计划。而且，这些乘客名录可以防卫的目的与美国其他部门进行共享⁴⁰。

根据前述法律，美国海关总署和移民局将共建一个数据库——“跨机构边境审查系统”，所有过境美国的民航乘客名录都将被传输至该数据库。而且，一旦这些数据被该系统接收，将与其他联邦机构共享，并不再受到特别保护。对于不提供乘客名单的民航，将要受到罚款、延迟入境美国甚至丧失降落权的处罚⁴¹。

3.2 欧盟的交涉：自讨苦吃

虽然美国与欧盟之间存在安全港框架协议，但该协议并不涵盖民航乘客的

38 Sec. 117, Public Law 107-71 Aviation and Transportation Security Act.

39 Sec. 402, Public Law 107-173 Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act of 2002.

40 19 CFR 122.49d - Passenger Name Record (PNR) information.

41 Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 6/2002 on transmission of Passenger Manifest Information and other data from Airlines to the United States, available at http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2002/wp66_en.pdf (last visited May 16, 2016).

个人数据转移,美国运输部也未加入安全港框架协议的执行机构⁴²。因此,2002年6月,欧盟委员会在了解美国的这些立法之后,马上知会美国国土安全局等相关部门,指出美国的这些立法与欧盟及其成员国有关个人数据向第三国转移的立法相冲突,不符合《数据保护指令》有关欧盟公民个人数据向第三国转移的适当保护要求。于是,欧盟就乘客名录的跨境转移问题与美国展开谈判⁴³。

针对美国的这些立法,欧盟数据保护第29条工作组在2002年10月24日的第一份正式报告中指出,欧盟乘客名录受到《数据保护指令》的保护,美国要求共享乘客名录的立法与该指令的要求存在如下六个方面的问题:①不存在乘客的同意。美国海关总署、移民局要求欧盟民航公司提供入境美国乘客的名录并没有得到相关乘客的知悉和同意。②超出数据收集目的。欧洲民航公司在与欧洲乘客达成交易合同之后成为数据处理方,但向非第三方转移数据已经超出合同交易必要的目的。③超出保护重大公众利益的限度。美国单方要求以常态和批量共享受欧盟法律保护数据的需求很难得到证实,也不可接受。④并不是为了保护数据主体的核心权益。⑤违反敏感信息特别处理原则。乘客名录包括了乘客的种族、宗教信仰等敏感信息,这些信息的转移需要得到乘客的明确同意。⑥未对数据采取适当保护措施。美国在接收乘客数据后,可以与其他机构进行共享,并且无法保证非经授权的其他主体访问这些数据。基于以上分析,第29条工作组提出,欧盟及其成员国应当与美国谈判,达成统一的解决乘客名录转移的解决方案,并且可以考虑通过欧盟的第三支柱——刑事方面的警察与司法合作——来解决⁴⁴。这就意味着,关于为了反恐目的的乘客名录跨境转移,虽然要符合《欧盟数据保护

42 Export.gov., Safe Harbor Enforcement Overview, http://export.gov/safeharbor/eu/eg_main_018481.asp (last visited May 16, 2016).

43 European Commission, Joint Review of the implementation of the Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of passenger name records to the United States Department of Homeland Security, available at https://www.huntonprivacyblog.com/files/2013/11/20131127_pnr_report_en.pdf (last visited May 16, 2016).

44 Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 6/2002 on transmission of Passenger Manifest Information and other data from Airlines to the United States, available at http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2002/wp66_en.pdf (last visited May 16, 2016).

指令》的要求，但不一定得通过已有的安全港框架协议来进行。

2003年5月22日，对于欧盟的意见，美国海关总署与运输安全局对欧盟委员会做出承诺，对由欧盟向美国跨境转移的乘客名单提供符合欧盟《数据保护指令》所要求的适当保护。在具体的承诺上，美国海关总署与运输安全局承诺：

①乘客名录用于反恐和其他严重刑事犯罪。②过滤乘客名录中的敏感信息（如涉及种族、政治观点、宗教信仰、商业协会会员、个人身体健康及私生活）；如确需使用这些敏感信息实施打击恐怖主义和打击严重刑事犯罪，美国运输安全局副局长得咨询国土安全局首席隐私官之后做出准许使用的决定，并由国土安全局首席隐私官通知欧盟相关的使用和理由。③通过一个单独的电子入口直接获取民航客票预定系统和离境控制系统（DCS）以及全球分布系统（GDS）中的乘客名录，且限于入境、过境和离境美国的乘客名录；但在民航客票预定系统和离境控制系统（DCS）以及全球分布系统（GDS）可以向海关总署和运输安全局提供乘客名录的，后者限于被动获取。④在飞机起飞前72小时以内获取乘客名录，访问的次数限于3次。⑤海关总署保留7天内的在线访问乘客名录的权力，超过7天后，乘客名录将被保留7年才被销毁，但如果7年内乘客名录被手动访问过，该乘客名录还将被保留7年；运输安全局在其系统内保留乘客名录7年。⑥仅部分授权访问的职员可以访问乘客名录，其他未授权访问都将承担刑事责任。⑦海关总署或运输安全局将被视为乘客名录的权利人，为了反恐或打击其他严重刑事犯罪，可以依据美国法律与其他部门共享乘客名录⁴⁵。

随后，第29条工作组在2003年6月份针对美国的承诺提出相应的意见：

①目的应仅限于反恐，而不得扩展至其他严重的刑事犯罪。②敏感信息不得跨境转移。③美国海关总署和运输安全局获取乘客名录应当是被动的，而不是直接进入系统获取乘客名录。④应在起飞前48小时以内获取乘客名录。⑤乘客名录不得保留7~8年，而应仅保留必要时间，如不超过几周或几个月。⑥应当保

45 Undertaking of the United States Bureau of Customs and Border Protection and the United States Transportation Security Administration, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2003/wp78-pnrf-annex_en.pdf (last visited May 16, 2016).

障乘客名录主体的知情权和访问权。⑦这个承诺至少得在美国联邦登记处进行官方公开并全面约束美国⁴⁶。

在此后将近一年的时间里，美国和欧盟陷入谈判的僵局。直到 2004 年 5 月 11 日，美国国土安全局和海关总署在联邦登记处公开自己对欧盟的新承诺⁴⁷。相对于此前的承诺，新承诺所做的修订更大的是在形式上，如在美国进行官方形式公开，但在实质内容上的让步非常小：①利用乘客名录的目的没有变，仍包括其他严重的刑事犯罪。②在海关总署未采取敏感信息自动过滤系统之前仍将使用敏感信息，但这个系统什么时候采取并没有说明。③在民航无法执行向海关总署推送乘客名录的情况下仍采取直接进入民航系统获得乘客名录；获取时间仍在起飞前 72 小时之内。④乘客名录保留时间有所缩短，改为 3 年 6 个月，在此期间如被人工访问，则再保留 3 年 6 个月。⑤海关总署根据美国《信息自由法》（FOIA）公开乘客名录的要求，并允许相关乘客获取一份乘客名录副本。

对于美国国土安全局和海关总署的这份新承诺，欧盟委员会却没有提供更多的反对意见，便在 5 月 14 日通过欧盟委员会 2004/535/EC 决议，同意美国的新承诺，认为美国在乘客名录方面提供了符合欧盟《数据保护指令》在数据跨境转移方面的适当保护，并提交给欧盟理事会，请求与美国签署协议⁴⁸。而欧盟理事会在 3 天后（2004 年 5 月 17 日）便做出 2004/496/EC 决议，同意签署《欧

46 Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2003 on the Level of Protection ensured in the US for the Transfer of Passengers' Data, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2003/wp78_en.pdf (last visited May 16, 2016). See also Article 29 Data Protection Working Party, Opinion on the European Data Protection Authorities on the Transfer of Passengers' Data to the United States, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2003/2003-06-23-prn-apis_en.pdf (last visited May 16, 2016).

47 Undertakings of the Department of Homeland Security Bureau of Customs and Border Protection Regarding the Handling of Passenger Name Record Data, available at <https://www.federalregister.gov/articles/2004/07/09/04-15642/undertakings-of-the-department-of-homeland-security-bureau-of-customs-and-border-protection> (last visited May 16, 2016).

48 2004/535/EC: Commission Decision on the Adequate Protection of Personal Data Contained in the Passenger Name Record of Air Passengers Transferred to the United States Bureau of Customs and Border Protection.

盟与美国关于处理和转移乘客名录给美国国土安全局和海关总署的协议》⁴⁹。随后，在2004年5月28日，欧美代表在华盛顿签署了上述协议；该协议也在同一天生效。

从表面来说，《欧盟与美国关于处理和转移乘客名录给美国国土安全局和海关总署的协议》，在法律地位上与安全港框架协议一样属于国际条约，在内容上都是根据《数据保护指令》就欧盟向第三国跨境转移数据时判定第三国提供了相关数据的适当保护水平的评估，在效果上都适用于欧盟成员国。在这个意义上，《欧盟与美国关于处理和转移乘客名录给美国国土安全局和海关总署的协议》可以称为“乘客名录安全港协议”。

然而，相较于安全港框架协议的谈判，在乘客名录跨境转移问题上，欧美的谈判有两大不同点：①美国的反恐成为主题。美国打着反恐的口号，在全球倡导反恐的普世价值，使得隐私保护退居其次，欧盟也只能赞同美国的立场，只是表达了要适当保护欧洲公民的隐私。②美国反客为主，牢牢把握了乘客数据跨国转移的谈判控制权。虽然欧盟对美国主动提出干涉，但在谈判地位上，美国通过本土反恐立法成功取得对他国民航客票预定系统和离境控制系统的乘客数据的获取权和处理权，欧盟并没有办法动摇这一点，只能就获取的方式、时间、保留时间和处理方式提出意见。可见，与安全港框架协议谈判的强势不同，欧盟将在乘客名录跨境转移这一领域的决定权拱手让给美国。

从更加深层次的角度来看，欧盟（欧盟理事会和欧盟委员会）在这个问题上让步的根本原因，也是因为受制于欧盟成员国成百上千民航企业的收益，否则也不会这么快让步。例如，在2003年3月5日，美国扬言要对欧洲民航公司罚款，随后欧盟几大成员国选择向美国当局提供乘客名录⁵⁰。在这一点，与美国在安全港框架协议谈判过程中的让步如出一辙。换言之，在国际大舞台上，经

49 2004/496/EC: Council Decision of 17 May 2004 on the conclusion of an Agreement between the European Community and the United States of America on the processing and transfer of PNR data by Air Carriers to the United States Department of Homeland Security, Bureau of Customs and Border Protection.

50 See European Court of Justice, Opinion of Advocate General of Joined Case C-317/04 and C-318/04.

济实力乃是国际话语权的根本保证。

3.3 欧盟法院：扭转局势

2004年7月9日，欧盟议会向欧盟法院分别起诉欧盟委员会和欧盟理事会，认为其越权、违背《数据保护指令》的基本原则以及违反比例原则，要求撤销欧盟委员会 2004/535/EC 决议和欧盟理事会 2004/496/EC 决议。其实，早在欧盟理事会和欧盟委员会与美国谈判期间，欧盟议会多次提出反对意见，但未得到重视。因此，欧盟议会选择诉诸于欧盟法院⁵¹。

2005年3月17日，欧盟法院在合并该两案后做出判决，撤销了欧盟委员会和欧盟理事会的决议：①对于欧盟委员会 2004/535/EC 决议的撤销，欧盟法院的主要理由是：欧盟委员会超越了《数据保护指令》第3条第2款的赋权范围，认定美国对乘客名录提供了符合《数据保护指令》所要求的适当保护。该指令第3条第2款规定，指令不适用于处于欧盟法约束范围之外处理公共安全、防卫和国家安全事务方面对个人数据的处理活动，以及成员国在打击犯罪方面的活动。欧盟法院指出，根据欧盟委员会 2004/535/EC 决议，乘客名录的跨境数据传输是应美国立法的需求，欧盟出于支持美国打击恐怖主义而同意的，且这些数据使用的范围限于打击恐怖主义以及严重刑事犯罪。该种数据处理并不是提供运输服务所必需的，而是为了确保公共安全以及法律执行的目的而实施的。因此，向美国海关总署转移乘客数据构成公共安全以及成员国打击犯罪方面的活动，超越了欧盟法院的管辖范围，而涉及成员国的公共安全和打击犯罪的事务。综上，欧盟委员会 2004/535/EC 决议超出《数据保护指令》的适用范围，应当无效。②对于欧盟理事会 2004/496/EC 决议，欧盟法院指出，由于欧盟理事会的决议是基于欧盟委员会 2004/535/EC 决议而做出的，在后者无效的情况下，欧盟理事会的决议也无效⁵²。

⁵¹ 同上。

⁵² Judgment of the Court of Justice in joined cases C-317/04 and C-318/04.

同时，考虑到《欧盟与美国关于处理和转移乘客名录给美国国土安全局和海关总署的协议》需要在解约通知 90 天内仍然有效，为了确保法律的确定性和相关乘客的利益，欧盟法院判决欧盟委员会 2004/535/EC 决议到 2006 年 9 月 30 日之前仍然有效⁵³。

由此可见，关于将乘客名录为反恐目的而向第三国政府部门转移的合法性问题，欧盟数据保护第 29 条工作组早在 2002 年 10 月 24 日的判断——应当考虑通过欧盟第三支柱“刑事方面的警察与司法合作”来解决——是正确的。但欧盟委员会却在这个问题上越走越远，虽主动干涉美国的做法，但终究是自讨苦吃。不过，从 1992 年的《欧洲联盟条约》来看，欧盟三大支柱的架构提供了欧盟法院扭转局势的法律基础⁵⁴。

3.4 后续谈判：改弦更张

尽管欧盟法院撤回了欧盟理事会的决议，终止了乘客名录安全港协议，但美国的立法没有变，欧盟成员国的民航飞机要入境或过境美国，都需要提供乘客名录，否则要承担巨额罚款。因此，欧盟理事会在 2006 年 10 月 16 日与美国签订了新的条约《欧盟与美国关于处理和转移乘客名录给美国国土安全局的协议》⁵⁵，只是这次的法律依据就不再是《数据保护指令》，而是《欧洲联盟条约》。

⁵³ 同上。

⁵⁴ 根据 1992 年的《欧洲联盟条约》，欧盟由三大支柱组成：第一支柱为“欧洲各大共同体”，涉及经济、社会、环境等政策。第二支柱为“共同外交与安全政策”，涉及外交、军事等政策。第三支柱为“刑事领域警务与司法合作”，涉及共同合作打击刑事犯罪。该支柱前身是“司法与内政事务部门”。

⁵⁵ 欧美分别在 2007 年 7 月 23 日和 2012 年 7 月 1 日更新了协议。See Council Decision 2007/551/CFSP/JHA of 23 July 2007 on the signing, on behalf of the European Union, of an Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of Passenger Name Record (PNR) data by air carriers to the United States Department of Homeland Security (DHS) (2007 PNR Agreement); Agreement between the United States of America and the European Union on the use and transfer of passenger name records to the United States Department of Homeland Security.

在内容上，也保留成员国中止乘客名录向美国转移的主权⁵⁶。换言之，新的乘客名录跨境转移协议已经不是在主打经济的欧盟第一大支柱“欧洲各大共同体”框架下谈判的，而是通过欧盟第三大支柱“刑事领域警务与司法合作”框架来达成的。

自此以后，乘客名录向美跨境转移，尽管存在欧盟层面与美国的协议，但美国不再有通行全欧洲各成员国的一纸通行证，各成员国都可以直接调查和干预。从这个意义上讲，欧盟在乘客名录问题上也从整体上挽回一些颜面。

4. 斯诺登事件的危机：安全港框架协议灰飞烟灭

2013年6月5日，美国中情局前职员爱德华·斯诺登通过英国《卫报》披露美国法院批准美国中情局可以通过 Verizon 公司监控民众的电话的解密文件⁵⁷。次日，他在中国香港接受《卫报》采访时指出美国中情局可以通过谷歌、苹果、脸谱等美国互联网企业监控任何人，包括普通民众、议员和总统⁵⁸。第三天，美国总统奥巴马辩护称这些监控项目有利于美国反恐，并指出：“你不可能同时拥有百分百的安全和百分百的隐私，因此我们不得不做出选择……当看到细节时，我认为我们做出了正确的选择。”⁵⁹一石激起千层浪，斯诺登事件引发美国前所未有的信任危机。

56 Council Decision 2006/729/CFSP/JHA of 16 October 2006 on the signing, on behalf of the European Union, of an Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of passenger name record (PNR) data by air carriers to the United States Department of Homeland Security.

57 The Guardian, Verizon forced to Hand over Telephone Data – Full Court Ruling, <http://www.theguardian.com/world/interactive/2013/jun/06/verizon-telephone-data-court-order> (last visited May 16, 2016).

58 Edward Snowden, I Don't Want to Live in a Society That Does These Sort of Things, <http://www.theguardian.com/world/video/2013/jun/09/nsa-whistleblower-edward-snowden-interview-video> (last visited May 16, 2016).

59 Barack Obama: Defends Internet Surveillance Programs, <http://www.theguardian.com/world/video/2013/jun/08/obama-internet-surveillance-video> (last visited May 16, 2016).

4.1 欧盟委员会的态度：无须暂停欧美安全港协议

对于斯诺登事件，欧盟委员会进行了系列研究和评估，并在 2013 年 11 月 27 日发布系列报告，认为无须立即采取措施暂停或者节制欧美的跨境数据转移，但在 2014 年中期，有必要更新欧美安全港框架协议，重建欧美在数据转移方面的信心。

其中，《欧盟委员会与欧盟理事会和欧盟议会通报：从欧洲公民和企业角度来考虑安全港框架协议的功能》指出，截至 2013 年 9 月 26 日，美国共有 3246 家企业列入白名单，其中 40%的企业员工达到 250 人以上；行业领域涵盖计算机服务、医药、旅游、医疗和信用卡服务，但存在 10%的企业没有公开其隐私政策。因此，欧盟成员国的数据监管机构表示过担忧，指出美国企业高度依赖自我评估和自律，实际的执行缺乏一定的透明度和执行力。该报告还披露，在斯诺登事件以后，德国数据监管局曾要求一家美国企业汇报该企业是否向美国国土安全局移转德国个人数据，如果没有，又是如何防止美国国土安全局访问这些数据。尽管还存在这些问题，欧盟委员会仍然认为安全港框架协议依然有效，无须立即停止⁶⁰。

《欧盟委员会与欧盟理事会和欧盟议会通报：重建欧美跨境数据转移的信心》重申美欧是战略合作伙伴，但欧盟对于这个伙伴关系的信心受到了美国斯诺登事件的严重打击。在跨境数据转移问题方面，美国一些企业通过欧美安全港协议将欧盟公民的个人数据转移到美国，然后披露给美国政府，这严重侵害了欧盟公民的隐私权；而且，对于这种侵权，欧盟公民在美还没有享有美国公民同等的寻求司法保护的權利。因此，为了重建欧美战略合作伙伴的信心，有必要在短期内加强安全港协议的执行与监督，并严格限制美国安全港协议下的国家安全例外的适

60 European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the Functioning of the Safe Harbour from the Perspective of EU Citizens and Companies Established in the EU, available at http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/com_2013_847_en.pdf (last visited May 16, 2016).

用，让其适用符合严格意义下的必要性和合比例性。与此同时，欧美应加快跨大西洋贸易与投资伙伴协议（TTIP）的谈判进程，争取达成隐私保护的伞型保护方案，提升欧盟隐私保护的水平⁶¹。

4.2 施雷姆斯的怒吼：欧美安全港协议命悬一线

对于欧盟官方的回应，奥地利一名法学院学生马克西米利安·施雷姆斯（Maximillian Schrems）认为只是敷衍了事，于是“揭竿而起”。作为脸谱公司（Facebook）的用户，他基于棱镜门事件，在2013年6月25日向负责执行《爱尔兰数据保护法》的数据监管局局长（Data Protection Commissioner）提出申诉，要求后者调查脸谱爱尔兰公司是否将其个人数据通过欧美安全港协议跨境转移到美国并透露给美国国家安全机构，从而违反了欧盟数据保护指令对于跨境数据传输所要求的适当保护要求。在具体的调查请求上，施雷姆斯请求调查：①欧盟委员会第2000/520号有关欧美安全港协议的决议的有效性；②如有必要，他将请求欧盟法院对该决议做出临时裁决；③如有必要，他还将申请禁止脸谱公司转移个人数据。

2013年7月23日，爱尔兰数据监管局局长很快驳回施雷姆斯的请求。驳回的三大理由：一是施雷姆斯没有证据证明美国国家安全机构获取了他的个人数据。二是任何涉及美国是否提供欧洲公民个人数据适当保护的问题都应当依据欧盟委员会第2000/520号有关欧美安全港框架协议的决议进行判定；而这个决议认定美国提供了个人数据的适当保护；事实上脸谱公司也是在安全港框架协议下的白名单中。三是依据《爱尔兰数据保护法》，他没有任何权利去否决该决议，也没有权利向欧盟法院提出临时裁决⁶²。

61 European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Rebuilding Trust in EU-US Data Flows, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/com_2013_846_en.pdf (last visited May 16, 2016).

62 Cited from Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner, the Hight Court Judicial Review, Record No. 2013/765 JR.

施雷姆斯不服该局长的决定，向爱尔兰高等法院提起诉讼，要求审查爱尔兰数据监管局局长的决定是否违法，以及法院是否应当发出裁定，强令该局局长对其申诉进行调查。2013 年 10 月 21 日，爱尔兰高等法院受理了此案，并在 2014 年 4 月 29 日开庭审理。

2014 年 7 月 17 日，爱尔兰高等法院霍根大法官判决认为，如果仅仅按照《爱尔兰数据保护法》和《爱尔兰宪法》，数据监管局局长应当调查脸谱爱尔兰公司在转移爱尔兰公民的个人数据上是否提供了适当保护；但本案同时受到欧盟法的约束，并且欧盟法优先适用，因此提请欧盟法院就涉案的欧盟委员会第 2000/520 号决议的适用问题做出临时裁决（preliminary ruling）⁶³。

在事实问题的分析上，霍根大法官指出应注意两个事实问题：①斯诺登事件是一个事实问题，根据斯诺登通过英国《卫报》和美国《华盛顿邮报》所披露的信息来看，棱镜门项目是切实存在的，只是该项目涉及的规模和范围还存在争议。据此，法官认为，用户个人数据经由脸谱爱尔兰公司传输到美国母公司时可以被美国国家安全机构获得。②尽管美国的外国情报监管法院可以司法监督的形式来限制棱镜门项目，但事实上该法院却常常要求企业披露个人数据，并要求这些企业不得对外披露法院的裁定。因此，依靠美国自己的法院来监管是不可能的。所以，霍根大法官并不同意爱尔兰数据监管局局长有关施雷姆特没有证据也就没有依据提起申诉的判断⁶⁴。

对于法律问题，霍根大法官指出，《爱尔兰数据保护法》第 11 条第 1 款规定当涉及个人数据转移到第三国时须确保该国对宪法性隐私权提供恰当保护。但同时，第 11 条第 2 款规定，欧盟有关第三国适当保护的决议优先于爱尔兰法。这也就导致了欧盟委员会第 2000/520 号决议优先于爱尔兰法，而爱尔兰必须根据这个决议也认为美国提供了适当保护。因此，本案的审理需要从爱尔兰法和

63 Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner, [2014] IEHC 310 (2014).

64 Id., para. 12-15, para. 42.

欧盟法两个层面展开⁶⁵。

从爱尔兰法来看，他指出，虽然《爱尔兰宪法》并没有直接规定隐私权是基本权利，但可以从宪法第 40 条第 5 款规定的住宅神圣不可侵犯这一款推导出隐私也是一个神圣不可侵犯的宪法性权利⁶⁶。同时，他还指出，在现代社会为保障国家安全而对个人通信采取的监听是必要的，但前提是这个监听也受到法律的限制。从这一点来讲，国家机关大量、无区别地获取个人数据，尤其是在家里产生的电子邮件、短信、网络使用记录以及通话等个人数据，是难以通过比例原则审查或者违宪审查的⁶⁷。因此，如果本案完全受爱尔兰法约束，那么本案就存在重大问题——美国是否确保提供了隐私和重要的宪法性权利的恰当保护，从而允许数据从爱尔兰传输到美国？这个问题，就需要爱尔兰数据监管局局长进一步调查。可惜，本案涉及的问题并不完全受爱尔兰法约束，而是欧盟法优先适用⁶⁸。

霍根大法官继续指出，在欧盟法层面，2009 年生效的《欧盟基本权利宪章》第 7 条和第 8 条⁶⁹分别规定了隐私权和个人数据保护权是基本权利。考虑到爱尔兰数据监管局局长是在正确解释和适用欧盟数据保护指令以及欧盟委员会有关该指令的决议的前提下做出决定的，那么本案很显然是涉及一个成员国依照《欧盟基本权利宪章》第 51 条第 1 款⁷⁰执行欧盟法的，也因此使得《欧盟基本权利宪章》也在本案适用。此前，欧盟法院曾在爱尔兰数据权利案中判决欧盟数据

65 Id, para. 46.

66 Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner, [2014] IEHC 310 (2014), para. 49.

67 Id, para. 51.

68 Id, para. 57.

69 《欧盟基本权利宪章》第 8 条共 3 款。其中，第 1 款规定任何欧盟成员国的公民都享有其个人的数据保护权。第 2 款规定，个人数据的处理必须限于特定目的并基于相关个人的同意或者法律规定的其他合法理由；任何人有权获取他人收集到的关于他本人的数据，并有权修正这个数据。第 3 款规定，必须有一个独立机构来确保这些规则的遵守。

70 《欧盟基本权利宪章》第 51 条第 1 款规定，欧盟和成员国下属的机构、部门、办公室在执行欧盟法律时都要遵守本宪章的各个条款；因此，各个机构都要尊重这些基本人权，依照欧盟条约赋予的权利和规定的权利限制的范围内推进这些宪章条款的适用。

留存指令无效，原因是该指令既没有提供适当限制性保障，也没有按照《欧盟基本权利宪章》第 8 条第 3 款的要求设置独立的机构来监督数据留存⁷¹。

在本案中，霍根大法官指出，根据安全港框架协议，美国企业通过自我认证的方式加入该框架，然后就可以将欧洲的个人数据转移到美国，而在美国这些数据可以被美国安全机关大量、无区别地获取。同时，美国外国情报监管法院在认真履行本职的情况下最多可以作为一个司法者监督美国安全机构。然而，这种监督并不是在欧盟本土展开，也没有提供有效的机制让数据主体进行申诉或者提交材料，更不适用欧洲法律来进行审理。当然，退一步讲，欧美安全港协议（2000）是在《欧盟基本权利宪章》生效（2009）前起草的，在内容上也反映了当时对数据保护没有清晰的人权保护理念⁷²。

因此，霍根大法官认为，斯诺登事件反映出美国当代数据保护实践与《欧盟基本权利宪章》第 8 条的要求之间存在很大的漏洞，这就预示着 1995 年的《数据保护指令》和欧盟委员会 2000 年的第 2000/520 号决议需要重新评估⁷³。如果这个决议不被重新评估，那么，爱尔兰数据监管局局长就无法做出其他决定，施雷姆斯的申诉也就注定要失败。故考虑到本案涉及问题的新颖性以及对于 28 个欧盟成员国的重要性，本院提请欧盟法院审查下列问题：对于个人数据被转移到未提供个人数据适当保护的第三国（本案是指美国）的申诉，成员国数据保护专员在判断该第三国是否提供恰当保护问题时，尽管已经考虑到了《欧盟基本权利宪章》第 7 条和第 8 条以及《数据保护指令》第 25 条第 6 款的规定⁷⁴，是否仍必须受到欧盟委员会第 2000/520 号有关美国提供了恰当保护的决议的约束？抑或是数据保护专员可以根据欧盟委员会第 2000/520 号决议颁布之后的事

71 Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner, [2014] IEHC 310 (2014), para. 61.

72 Id, para. 62-63.

73 Id, para. 69.

74 《数据保护指令》第 25 条第 6 款规定，依据第三国有关个人隐私以及基本自由方面的国内法及其国际承诺，欧盟委员会有权决定该第三国是否提供了个人数据适当水平的保护。

实发展而直接展开调查⁷⁵？

由此可见，借着斯诺登事件，施雷姆斯的一纸申诉让爱尔兰的数据监管局和高等法院左右为难，只能将烫手的山芋丢给欧盟法院。不过，应当指出的是，与爱尔兰数据监管局的刻意回避不同，爱尔兰高等法院其实在裁定中已经间接地质疑了欧盟委员会决议的有效性，只是无权否决它。

4.3 欧盟法院再次扭转局面：欧美安全港协议无效

对于这个烫手的山芋，欧盟法院不得不再次出手，一如 10 年前审理乘客名录跨境转移协议案一样，一举一动，举世瞩目。

2015 年 9 月 23 日，欧盟法院院长依福斯·波特（Yves Bot）首先提出了自己的意见。波特院长指出，本案的核心问题是欧盟委员会第 2000/520 号决议是否禁止成员国数据监管局调查该决议有效性的指控，本质上是如何划分成员国数据监管局与欧盟委员会的权力的问题⁷⁶。对此，他认为，欧盟委员会依据《数据保护指令》第 25 条第 6 款做出的决议不得排除或者减损成员国数据监管局依据该指令第 28 条⁷⁷赋予的权力，反而成员国数据监管局在接到个人申诉时有权独立地调查涉案第三国是否提供了个人数据适当保护并做出相应的决定⁷⁸。

对于欧盟委员会第 2000/520 号决议本身的有效性，波特院长指出，从爱尔兰高等法院认定的事实来看，美国基于安全港机制可以大规模、无区别地收集

75 Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner, [2014] IEHC 310 (2014), para. 71.

76 Opinion of Advocate General on Case C-362/14 Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner, para. 57.

77 《数据保护指令》第 28 条有 7 个条款。其中，第 1 款规定，欧盟各成员国应成立专门的数据监管机构负责本国数据保护法的执行。第 3 款规定，该监管机构享有调查权，可以获取涉案的个人数据并收集所有必要的信息来执行其监督权。第 4 款规定，该监管机构有权处理公民有关其数据保护权受侵害的申诉的权利。第 6 款规定，各成员国数据监管机构在本国范围内全权负责本国数据保护立法的执行。

78 Opinion of Advocate General on Case C-362/14 Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner, para. 61.

欧盟公民的个人数据，却无法确保这些公民享有有效的司法保护，故而欧盟委员会做出的第 2000/520 号决议并不符合《欧盟基本人权宪章》或者《数据保护指令》⁷⁹。此外，欧盟委员会在知悉第 2000/520 号决议不足的前提下，并没有采取措施中止这个决议，反而允许其继续侵害欧洲公民个人数据权并让相关数据通过安全港机制继续转移到第三国⁸⁰。因此，波特院长建议欧盟法院裁定：一是欧盟委员会第 2000/520 号决议应解释为不得排除成员国数据保护机构的调查权；二是该决议无效。

欧盟法院终于在 2015 年 10 月 6 日对施雷姆斯案做出了临时裁决：一是从《欧盟基本权利宪章》第 7 条、第 8 条和第 47 条的角度，《数据保护指令》第 25 条第 6 款必须解释为，有关为执行该条款而做出的决定（例如欧盟委员会第 2000/520 号决议），并不排除成员国的监管机构审查成员国公民有关其个人数据被转移到未提供适当保护的第三国的申诉；二是欧盟委员会第 2000/520 号决议无效⁸¹。

对于成员国数据监管机构的权力，欧盟法院指出，成员国数据监管机构在数据转移到第三国问题上的权力，是《数据保护指令》第 28 条第 1 款赋予的；这样的要求也是“主要源自于欧盟的主要法律渊源，特别是《欧盟基本权利宪章》第 8 条第 3 款以及《欧盟运行条约》第 16 条第 2 款。”⁸²因此，成员国数据监管机构的独立权力是有效保障个人数据得到保护的基石。

对于欧盟委员会在个人数据转移到第三国方面的权力，欧盟法院指出，《数据保护指令》第 25 条第 6 款赋予欧盟委员会有权做出第三国是否提供个人数据方面的适当保护的决议；而且按照《欧盟运行条约》第 288 条，这个决议对所有成员国都生效。欧盟法院进一步指出：“除非这个决议被欧盟法院认定为无效，

79 Id, para. 158-159.

80 Id, para 234.

81 Case C-362/14 Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner.

82 Id, para. 40.

否则任何成员国及其下属机构均不得采取与该决议相反的措施。”⁸³然而，这样的决议并不能否定欧盟公民向本国数据监管机构提出申诉。相同的，正如欧盟法院院长在法律意见中所指出的，欧盟委员会的决议不得排除或者减损成员国数据监管局依照《欧盟基本权利宪章》第 8 条第 3 款和《数据保护指令》第 28 条明确赋予的权力⁸⁴。因此，即使欧盟委员做出过第三国提供了个人数据适当保护的决议，但成员国数据监管机构仍有权审理本国公民就个人数据向第三国转移方面的申诉；否则，《欧盟基本权利宪章》第 8 条第 1 款和第 2 款有关个人数据方面的基本权利就得不到保障⁸⁵。

对于欧盟委员会第 2000/520 号决议的有效性，欧盟法院认为，在法律层面应当依据其是否满足了《数据保护指令》第 25 条第 6 款的要求来判断⁸⁶。依据该指令第 25 条第 6 款的规定，基于第三国有关保护个人私生活和个人基本自由方面的国内法或者国际承诺，欧盟委员会可以认定该第三国提供了个人数据方面的适当保护。因此，这样的规定是执行《欧盟基本权利宪章》规定的义务，也如欧盟法院院长所说的，确保了欧盟个人数据继续在第三国得到高水平的保护⁸⁷。而且，欧盟法院指出，该规定使用的“‘适当水平的保护’应当理解为要求第三国通过其国内法和国际承诺在事实上达到一个等同于《欧盟基本权利宪章》意义上的水平。另外，这种高水平的保护很容易通过将个人数据转移到欧盟外的第三国而规避。”⁸⁸

在具体内容上，欧盟法院指出，欧盟委员会第 2000/520 号决议有四大方面的问题：一是有关美国《数据保护指令》所要求的适当保护水平的认定，依据美国商务部提交的安全港原则和常见问题，而且这两个文件仅对自评加入该安

83 Id, para. 52.

84 Id, para. 54.

85 Id, para. 58.

86 Id, para. 67.

87 Id, para. 72.

88 Id, para. 73.

全港框架的企业具有约束力，对美国机构并没有约束力⁸⁹。二是该决议没有有关美国国内法或国际承诺方面采取的措施的认定⁹⁰。三是该决议附件 1 第 4 段还规定安全港原则的适用受到‘（美国）国家安全、公共利益，或者执法要求’等限制⁹¹。四是该决议没有包括任何有关美国会采取措施来限制任何公权力干预那些个人数据被转移到美国的欧盟公民基本权利的认定；事实上，正如欧盟法院院长所指出，欧盟委员会是知道这些欧洲公民是没有任何行政或者司法的途径去确保他们可以获取、修正或者删除其个人数据的⁹²。

因此，欧盟法院判决，由于欧盟委员会并没有说明美国基于国内法或者国际承诺而在事实上确保了适当的保护，该决议无效。欧盟法院的临时裁决，一如 10 年前否定欧盟委员会有关乘客数据转移到美国的第 2004/535/EC 决议，直截了当地否决了欧盟委员会有关欧美安全港框架协议的第 2000/520 号决议，也就意味着这个实施了长达 15 年的安全港框架协议不再有效。

4.4 欧盟法院临时裁决的影响：欧盟完胜

欧盟法院的临时裁决的影响，对欧盟委员会最为直接。因此，欧盟委员会的反应最为迅速。临时裁决一发布，欧盟委员会第一副主席弗兰斯·提默曼斯和委员长维拉·朱洛娃就在当天召开了新闻发布会。提默曼斯指出，该判决“肯定了”欧盟委员会要继续努力去谈判一个新的安全港框架，欧盟委员会会尽快出台细则来引导各成员国如何处理有关数据转移到美国的请求，并愿同各成员国数据监管机构一起努力加强执法；与此同时，欧美企业则可以通过其他机制来进行数据转移⁹³。朱洛娃指出，在缺少安全港的情况下，企业可以通过合同中的数据保护标准条款（standard data protection clauses），或者经成员国数据监管

⁸⁹ Id, para. 79.

⁹⁰ Id, para. 83.

⁹¹ Id, para. 84.

⁹² Id, para. 90.

⁹³ STATEMENT/15/5782: First Vice-President Timmermans and Commissioner Jourová's press conference on Safe Harbour following the Court ruling in case C-362/14 (Schrems).

机构认证的企业集团内部数据转移规则（binding corporate rules）来进行数据跨大西洋的转移⁹⁴。很显然，欧盟委员会不得不尊重欧盟法院的判决，以《欧盟基本权利宪章》的标准与美国重新谈判跨境数据转移的处理问题，同时与各成员国数据监管机构加强工作上的协调。

对于爱尔兰高等法院而言，欧盟法院临时裁决支持了自己的请求，扛起了维护个人数据方面的宪法性权利的大旗帜。于是，爱尔兰高等法院霍根大法官在2015年10月20日撤销了爱尔兰数据监管局局长此前做出的不予对脸谱爱尔兰公司进行调查的决定，要求其对脸谱公司的爱尔兰数据隐私实践展开调查⁹⁵。

对于欧盟法院的临时裁决，爱尔兰数据监管局局长海伦·迪克森深知自己无法再推卸责任，索性在当天发表声明，拥护这个裁定，并特别强调了這個裁定重申了个人数据保护权是一个基本权利，也感谢欧盟法院厘清了成员国数据监管局与欧盟委员会的权力范围⁹⁶。当霍根大法官的重新调查的裁定做出后，迪克森局长也在当即发表了声明，表示会尽职地根据施雷姆斯的申诉进行调查⁹⁷。

接下来，迪克森局长就要对美国是否对从欧盟转移到美国的个人数据提供了适当水平的保护进行调查。根据《爱尔兰数据保护法》，如果调查的结果是否定，那么迪克森局长就要将这个结果通知欧盟委员会以及其他成员国的数据监管局。根据2003年修订的《爱尔兰数据保护法》第13条，迪克森局长最快90

94 Id.

95 See Cynthia Larose, Irish High Court Quashes Irish Data Protection Commission Original Schrems' Decision, available at <https://www.privacyandsecuritymatters.com/2015/10/irish-high-court-quashes-irish-data-protection-commission-original-schrems-decision/>, last visited May 16, 2016.

96 Helen Dixon, Statement from Data Protection Commissioner (in respect of the Judgement in Case C-362/14 – Schrems), available at <https://www.dataprotection.ie/docs/06-10-2015-Statement-by-Data-Protection-ommissioner-Helen-Dixon-in-respect-of-the-Judgement-in-Case-C-362-14-Schrems/1497.htm>, last visited May 16, 2016.

97 Helen Dixon, Statement from Data Protection Commissioner (in respect of High Court Case 2013/765 JR – Schrems), available at <https://www.dataprotection.ie/docs/20-10-2015-Statement-from-Data-Protection-Commissioner-Helen-Dixon-in-respect-of-High-Court-Case-2013-765-JR-Schrems/1498.htm>, last visited May 16, 2016.

天内要给出调查结果，但特殊情况下可以延期 90 天。因此，迪克森局长什么时候能得出调查结果则难以确定。

在这样的情况下，欧美企业在等待欧美官方重新谈判结果以及迪克森局长调查结果出来之前，如果还要合法地转移个人数据，就需要通过合同中的数据保护标准条款或者经各成员国数据监管机构认证的企业集团内部数据转移规则来执行。不过，幸好欧盟委员会早在 2001 年、2004 年和 2010 年先后公布和更新了数据保护标准条款的内容，企业集团内部数据转移规则也实施多年。因此，欧美企业（尤其是大企业）从施雷姆斯案开始到临时裁决做出之前有近两年的时间准备替代方案，并不会受到这个临时裁决的致命打击。当然，这些企业不再有安全港协议这样的一纸通行证畅通 28 个成员国，而得做好与每个成员国数据监管局长期周旋的准备。

5. 隐私安全盾协议：美国再次让步

施雷姆斯案对于欧盟方面的影响在总体上是正面的，除了重申欧盟公民个人数据保护是宪法性权利之外，更是大大强化了欧美在跨境数据转移方面谈判的优势和砝码。然而，该案对于美国的影响，则是致命打击。

5.1 美国国内立法：分歧严重

对于欧盟法院的判决，美国国内有两大不同的观点，一种是反对的声音，希望进一步加大企业与政府间的情报共享，应对反恐局势，维护美国的安全；另一种则是迎合的态度，期望重建欧美合作伙伴的信心，先满足欧盟的需求，徐图后进。

5.1.1 反对派声音：推进企业自愿共享网络情报

即使在欧盟法院临时裁决做出后，美国参议院仍然于 2015 年 10 月 27 日在内部通过了《2015 网络情报共享法案》（CISA）。相较于往年提出的网络情报共享法案，参议院 2015 年的 CISA 专门为自愿共享网络情报的企业提供民事侵权

责任的免责，让企业免去共享情报的后顾之忧，鼓励企业自愿而全面地共享网络情报⁹⁸。

在具体内容上，CISA 有三大内容：①政府创制情报实时共享机制：要求美国中情局、国土安全局、国防部和司法部共同出台一套程序，推动私营企业、非营利性政府组织、政府部门和公众共同共享网络安全威胁指标。②企业获得授权进行监控：为了监测、防止或应对网络威胁，私营企业可以对自己的信息系统或经授权后对其他企业或政府机构的信息系统实施监控和运行防御性措施；政府或企业监控、共享网络威胁指标或运行防御措施时，必须充分利用安全措施防止非法入侵或系统被他人接管，并在共享网络威胁时删除与网络威胁无直接关系的个人信息；至于何为无直接关系却没有界定。③企业共享情报的免责：企业共享网络安全情报的下列行为不受司法追究：a. 监控信息系统；b. 按照国土安全局出台的共享程序共享或接受网络安全威胁指标、防御性措施⁹⁹。此外，该法案所强调共享的“网络威胁指标”，其定义却相当宽泛而模糊，在内容上包括恶意监测、攻击安全控制的方法、安全漏洞、恶意网络控制、实际与潜在的网络事故损害、其他网络安全威胁等。该法案的宽泛而模糊的网络威胁指标定义，以及企业自愿共享网络安全威胁的免责条款，使得美国政府机关可以通过企业获得任何网络安全情报，包括个人信息。

对于 CISA 草案，美国总统奥巴马多年以来一直支持网络安全情报的共享，美国脸谱公司、思科、AT&T、IBM、英特尔、惠普等 12 家企业也表示支持¹⁰⁰。值得强调的是，深陷施雷姆斯案的脸谱公司自 2012 年以来一直支持网络情报共享方面的法案¹⁰¹，这无疑让欧洲人寒心。与此同时，苹果、谷歌、微软、推特

98 S. Rept. 114-32, pp. 12-13 (2015).

99 Id.

100 Lucian Armasu, US Senate Passes 'CISA' Bill With Weak Privacy Protections, available at <http://www.tomshardware.co.uk/senate-passes-cisa-cyber-surveillance-bill,news-51630.html>, last visited May 16, 2016.

101 Tom Cheredar, Facebook Justifies its Support for CISPA, A Bad Cyber Security Bill, available at <http://venturebeat.com/2012/04/13/facebook-cispa/>; see also Fight for Future, Facebook may be the secret force behind surveillance bill “CISA”, available at <https://www.youbetrayedus.org/facebook/>, last visited May 16, 2016.

等 22 家企业明确反对该立法。此外，36 家民间机构以及 19 个安全专家联名上书参议院反对该法案¹⁰²。

鉴于这些反对声音，众议院在审议时选择了推脱的方法，只是将 CISA 摆在台面，而没有最终表决是否通过¹⁰³。

不过，根据美国参议院的参议员罗恩·维登在 2015 年 12 月 18 日发布官方声明，指责共和党议员将该法案塞到《2016 综合预算法案》中¹⁰⁴，而且这个版本的法案比参议院提出的法案更为糟糕——政府共享企业的情报受到的监管更少。对此他本人表示坚决反对¹⁰⁵。

在 2015 年 12 月 18 日，奥巴马总统签署了《2016 综合预算法》。在这部多达 2000 页的政府预算法中，《网络安全情报共享法》作为其中一小部分（Division N，内容上仅为 20 页）也神不知鬼不觉地正式成为法律。而且，参众两院有关《2016 综合预算法》立法报告也没有对《网络安全情报共享法》做出任何说明和解释¹⁰⁶。

美国国会和奥巴马政府选择以瞒天过海的诡计通过该法案，无非是为了“秘密”鼓励美国企业自愿共享网络安全情报——确保美国安全、确保美国企业可以专注于创新上——同时又不想激怒欧盟。

102 Coalition Letter from 55 Civil Society Groups, Security Experts, and Academics Opposing CISA, available at <https://static.newamerica.org/attachments/2884-coalition-letter-from-55-civil-society-groups-security-experts-and-academics-opposing-cisa/Coalition%20Letter%20Strongly%20Opposing%20CISA.2bf07aabfc0241f4ae76cb4efe4fd31a.pdf>, last visited May 16, 2016.

103 Library of Congress, Bill History of S. 754, available at <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/754/all-actions?overview=closed>, last visited May 4, 2016.

104 See Joint Explanatory Statement to Accompany the Cybersecurity Act of 2015, <http://intelligence.house.gov/sites/intelligence.house.gov/files/documents/JES%20for%20Cybersecurity%20Act%20of%202015.pdf>, last visited May 4, 2016.

105 Ron Wyden, Wyden Votes ‘No’ on Harmful Cyber Bill and Weakening Oversight of Surveillance Programs, available at <https://www.wyden.senate.gov/news/press-releases/wyden-votes-no-on-harmful-cyber-bill-and-weakening-oversight-of-surveillance-programs>, last visited May 4, 2016.

106 S. Rept. 114-57; H. Rept. 114-92.

5.1.2 保守派声音：修法满足欧盟要求

为了迎合欧盟法院的要求，美国众议院在欧盟判决做出两周后（2015 年 10 月 20 日），以口头表决的方式迅速通过了《2015 司法救济法案》（下称《司法救济法案》），为欧洲公民在美国的隐私权保护提供司法救济解决方案，以求恢复欧美互信。

《司法救济法案》将授权美国司法部来指定外国国家名单或者区域经济体，使这些国家或区域经济体的自然人可以在下列两种情形下通过美国 1974 年《隐私法》在美国哥伦比亚特区联邦地区法院向美国政府机关提起民事诉讼：①美国政府机关在没有取得该自然人同意的情况下非法披露其个人记录的；②受美国司法部制定的政府机关拒绝该自然人有关审查或者修改个人数据的请求的。该法案还特别规定，美国司法部制定国家或地区经济区域的行为不受司法或行政的审查。然而，该法案同时规定，司法部可在下列三种情况下撤销该国或区域的指定：①不遵守某一个既有的隐私保护协定的；②不再就共享信息提供适当隐私保护的；③以报道或者防止非法活动为名妨碍企业或个人将数据转移到美国的¹⁰⁷。

2016 年 2 月 9 日，美国参议院通过该法案。2 月 24 日，奥巴马总统签署该法案，法案正式生效。

《司法救济法案》的通过，表明美国已经非常清楚地认识到，这次的个人数据跨境转移的重新谈判，无法像 2006 年重谈乘客名录跨境转移协议那样故伎重演——换一个谈判渠道¹⁰⁸，而必须通过修改美国国内立法才足以表达自己的诚意和决心。值得注意的是，美国国内这样的修法，仅为欧洲公民提供了一个司法救济的途径（而且设置了条件），但并没有实质上修订美国隐私法——没有把遗忘权等权利纳入美国隐私法中，或者把美国现有隐私法规定的国家安全例外

107 H. Rept. 114-294, Part 1 (2015).

108 新的乘客名录跨境转移协议从原来的欧盟第一大支柱“欧盟各大共同体”转移到第三支柱“刑事领域警务与司法合作”。

做进一步限缩——从而无法将个人数据的保护提高到《欧盟基本权利宪章》（第 8 条）同等水平的高度。退一步说，欧洲公民如果认为自己的隐私权未得到美国企业的保障，要通过该法到美国提起诉讼，诉讼成本也是让人望而却步的。

因此，如果该法案顺利通过，表面上是可以稳定欧盟，进行下一步的新安全港框架协议的谈判。然而，仅有这个法案通过，能否充分满足欧盟的要求，又或者说，欧盟能否就此妥协，还言之尚早。

5.2 欧盟内部的修法：全面落实权利宪章，步步紧逼美国

如果细看欧盟法院的判决，就可以发现 1995 年的《数据保护指令》已经严重过时：欧盟法院是以 2009 年生效的《欧盟基本权利宪章》第 8 条来解读《数据保护指令》的。这种解释方法——以后法解释前法，而且后法位阶高于前法位阶的前提下——表明了欧盟法院明显的保护主义¹⁰⁹。除此之外，该判决也表明《数据保护指令》亟须修法更新或替代。事实上，早在《欧盟基本权利宪章》生效后一年，欧盟就已经开始起草《通用数据保护条例》，以求代替 1995 年的《数据保护指令》，进一步强化个人数据这一宪法性权利在整个欧盟的统一、高水平保护。

5.2.1 《欧盟基本权利宪章》第 8 条：数据保护权为宪法性权利

第二次世界大战后，为了保护人权，欧洲各国联合起来在 1950 年通过了《欧洲人权公约》，并在第 8 条规定，任何人应当尊重他人的隐私与家庭生活、住宅以及通信。为了更好地应对咄咄逼人的美国企业，欧洲各国从最早主导起草 1980 年《关于隐私保护和个人数据跨境转移的指南》（下称《CECD 指南》）到发现美国的不遵守，从《数据保护指令》设置数据转移的限制到与美国安全港框架协议谈判，再到美国以反恐为由要求的乘客名录转移，这种博弈的步步升级，促使欧盟意识到，仅有《欧洲人权公约》并不够，还必须把个人数据的保护单

109 这早已成为欧盟法院解释 1995 年《数据保护指令》的惯例。See Case C 131/12 - Google Spain and Google, para. 68 (2014).

独提高到宪法性权利的高度，才能在法理上立于不败之地。因此，自然人对其个人数据享有的权利被写入《欧盟基本权利宪章》就在情理之中。

在 2000 年起草的《欧盟基本权利宪章》第一稿在尊重隐私与家庭生活（第 7 条）之外单列第 8 条规定个人数据的保护，直到 2007 年通过，该条款都被全面保留下来。第 8 条分 3 款规定了个人数据方面的基本权利：①第 1 款规定任何欧盟成员国的公民都享有其个人的数据保护权。②第 2 款规定，个人数据的处理必须限于特定目的并基于相关个人的同意或者法律规定的合法理由；公民有权获取他人收集到的关于本人的数据，并有权修正这个数据。③第 3 款规定，必须有一个独立机构来确保前两款规则的遵守。

在施雷姆斯案之前，欧盟法院就已经适用《欧盟基本权利宪章》第 7 条和第 8 条判决《数据留存指令》无效。为了更好地打击有组织犯罪和恐怖主义，欧盟议会和欧盟理事会在 2006 年通过了《数据留存指令》，要求电子通信服务提供商或者公共通信网络留存个人或者法人的流量和本地数据 6~24 个月¹¹⁰。然而，该指令在爱尔兰和奥地利进行国内法执行时受阻，相关案件最后被爱尔兰高等法院和奥地利宪法法院提交到欧盟法院。2014 年 4 月 8 日，欧盟法院判决认为，要求通信服务提供商留存数据本身就构成侵害《欧盟基本权利宪章》第 7 条和第 8 条，而允许成员国当局获取这些留存的数据构成进一步地侵害了这两项基本权利¹¹¹。

5.2.2 《通用数据保护条例》：提升隐私保护水平

由于《数据保护指令》实施 17 年以来，互联网技术的快速发展以及高度的全球化带来了新的数据保护难题。而且，欧盟成员国在执行该指令时存在不同的标准，使得欧盟数据的保护水平参差不齐。因此，欧盟提出用《通用数据保

110 Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC.

111 Case C – 293/12 and C-594/12: Digital Rights Ireland Ltd. v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources.

护条例》替代《数据保护指令》，使得欧盟各成员国免于在国内立法而直接执行该条例，以求实施统一、高水平的数据保护¹¹²。

根据《通用数据保护条例》(草案)，该条例有三大核心的立法改革：①加强欧盟个人数据保护权：a. 引入被遗忘权，即权利主体可以要求数据控制者删除其个人数据；b. 引入数据携带权(right to data portability)，即权利主体可以要求网络服务提供商提供其个人数据的通用格式副本，并将该副本转移到另一个网络服务提供商；c. 当处理个人数据，同意由原来的默认同意改为明确同意；d. 及时(24小时内)获得侵害个人数据的通知；e. 在国籍所在国即可起诉侵害其个人数据权的行为；f. 数据控制者必须采取“预设数据保护标准”(protection by design，即企业在设立时就应当规划好未来的隐私政策和措施和“默认数据保护标准”(protection by default，即默认以收集数据时的必要目的来限定数据使用的范围和存储的时间)来保护个人数据。②加强成员国数据监管机构的权力：a. 对数据主体申诉的独立调查权。b. 一站式管理权，即在数据控制者主要营业地的成员国数据监管机构，可以监管该数据控制者在整个欧盟的数据处理行为。c. 处罚权，可以对严重违法的数据控制者处以100万欧元以下的罚款，或者在数据控制者为企业的情况下对该企业处以一年的全球年度营业额2%以内的罚款。③强化数据向第三国转移的规则：a. 欧盟委员会全权认定第三国是否提供了适当的个人数据保护水平。在认定时，欧盟委员会应当考虑第三国的法治程度，是否有一个以上的独立机构执行数据监管任务，以及国际承诺。b. 企业在将数据转移到未获得认证的第三国前，应提供获认证的企业集团规则，或采取欧盟委员会提供或者成员国监管机构发布的数据保护格式合同条款。c. 在缺乏前两项要求的情况下仍需跨境转移的，必须获得数据主体的明确许可，并以履行与该数据主体达成的合同为必要¹¹³。

112 EU Commission, Why Do We Need an EU Data Protection Reform, available at http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/factsheets/1_en.pdf, last visited May 16, 2016.

113 European Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individual with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of

这些立法改革不仅细化了《欧盟基本权利宪章》第 8 条的要求，而且将数据保护的水平强化到令人生畏的地步，尤其是对企业在收集、使用、存储、处理和转移数据时设置了更加苛刻的要求，并对违法行为设置高昂的罚金，这无疑会进一步加大企业在欧盟开展业务的成本，限制数据的跨境自由流动。不过，欧盟委员会对此确实非常乐观，“欧洲公民个人数据在 2020 年一年的价值将高达 10000 亿欧元，因此提高数据保护标准对于企业而言并不意味着增加负担，而是更好的商业前景。”¹¹⁴

5.3 欧美的再次谈判：美国无奈让步

随着欧盟法院的临时裁决的生效、欧盟委员会的立法改革提议的进一步讨论，欧盟给美国施加了巨大压力。从美国本身的现实需要来看，美国更希望鼓励企业自愿共享网络安全情报，换言之，将企业在美国之外的数据也转移到美国本土来，并供美国安全机构进行审查。这也是为什么美国在如此高压之下，仍然选择把《网络安全情报共享法案》塞入到一个大部头法案中来秘密通过的原因。不过，面对欧盟咄咄逼人的气势，为了美国企业在欧盟的利益，美国还是选择了加快通过《司法救济法案》，争取从司法救济的程序上为欧盟公民提供享受美国公民在隐私侵权方面的司法救济权。美国这样做也是为了使谈判获得实质性进展而增加砝码。

在欧盟法院临时裁决之后的四个月之后，也就是 2016 年 2 月 2 日，欧盟委员会和美国商务部联合宣布他们达成了新的数据跨大西洋转移的协议——《欧美隐私盾协议》（EU-US Privacy Shield）¹¹⁵。

Such Data (General Data Protection Regulation) (2012), available at http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_en.pdf, last visited May 16, 2016.

114 European Commission, the EU Data Protection Reform and Big Data, available at http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/data-protection-big-data_factsheet_web_en.pdf, last visited May 16, 2016.

115 European Commission, Restoring trust in transatlantic data flows through strong safeguards: European Commission presents EU-U.S. Privacy Shield, available at http://europa.eu/rapid/press-release_

相较于之前的《欧美安全港框架协议》，美国在《欧美隐私盾协议》中做了如下几方面的让步：①对向美国转移数据的企业设置更加严苛的义务：a. “对外转移数据原则”改为“对外转移数据的责任原则”，增加“责任”二字凸显企业的内部审核责任。b. “执行原则”改为“救济、执行与责任原则”，强调企业必须给数据权利提供有效的救济措施（如设置明确的处理期限：45 天之内回复欧洲公民的申诉；必须设置企业内部的隐私权专门处理申诉），在执行《隐私保护协议》时确保每年自审一次。②书面承诺美国政府部门更加严格的职责：a. 美国国家情报总监书面保证美国政府获取欧洲公民的个人数据时受到明确的限制和监控；该明确限制的法律依据是《美国第 12333 号执行令》¹¹⁶和《美国总统第 28 号政策指令》¹¹⁷。b. 美国国务卿克里书面承诺在国务院内部成立隐私监察使（Ombudsperson），该监察使独立于国家安全部门，有权独立处理欧洲公民有关美国政府部门是否获取欧洲公民个人数据的申诉。③专门强调对欧洲公民申诉的多种救济途径：a. 途径一：企业设置隐私官在 45 天之内处理申诉。b. 企业提供免费的替代性纠纷处理方案。c. 欧洲公民向本国数据保护局提出申诉，由该局向美国商务部或联邦贸易委员会移交，后者在 90 天之内做出答复。d. 欧美联合设置一个隐私保护小组，下设一个仲裁小组作为申诉的最终解决机制。欧美双方根据协商，共选出 20 名仲裁员，当欧洲公民提出申诉无法得到前三个途径的解决后，可以提出仲裁申请，从 20 名仲裁员中选出 1 名或 3 名仲裁员，做出纠纷处理的终局决定。

另外，该《隐私保护协议》还附带了其他五个美国相关部门有关执行该协议的承诺书。这五个政府部门包括：①联邦贸易委员会；②交通部；③国家情报总监和办公室；④国务院（关于设立隐私监察使的承诺）；⑤司法部（关于监

IP-16-433_en.htm, last visited May 16, 2016.

116 该执行令出台于 1981 年，后于 2001 年、2003 年和 2008 年进行了三次修订，法令内容参见：<https://www.cia.gov/about-cia/eo12333.html>。

117 该指令由美国奥巴马总统发布于 2014 年，主要针对安全情报的收集，具体内容参见：https://lawfare.s3-us-west-2.amazonaws.com/staging/s3fs-public/uploads/2014/01/2014sigint.mem_.ppd_.rel_.pdf。

督政府部门获取欧洲公民个人数据的承诺)。上述承诺书都将在美国联邦登记处公开。

根据美国在《隐私保护协议》的上述承诺和让步,欧盟委员会专门做出决定,确认美国再次满足了《数据保护指令》对于跨境数据转移的要求,进入该协议白名单的企业可以向美国转移相应的个人数据¹¹⁸。此外,对于美国于2016年2月24日通过的《司法救济法案》,欧盟委员会指出:“该法为欧洲公民在隐私保护上提供的美国公民待遇是欧盟长期以来坚持的要求。”¹¹⁹与此同时,欧盟委员会还对2015年9月结束的《欧美数据保护“伞式协议”》做出进一步澄清,指出该伞式协议本身并不是数据跨境转移的合法依据,它仅是强化了对已经合法跨境转移数据的在法律执行上的保障,尤其是强化欧美司法上的进一步合作¹²⁰。

5.4 欧美后隐私保护协议时代:矛盾仍然尖锐

从目前的谈判结果来说,欧盟委员会再次成功借助欧盟法院的力量,终结了《欧美安全港框架协议》,迫使美国商务部及其他部门做出重大让步。在这个意义上来说,欧盟再次完胜美国。

然而,为了美国企业在欧盟的利益,美国表面上向欧盟示弱,做出了一个书面承诺,但这只是答应欧盟要在程序上为欧盟公民的诉求提供一个救济途径,即使是《司法救济法案》的通过,也丝毫没有改变美国实体法上的任何内容(如通过单一隐私法或增加遗忘权等)。进而,美国国会和奥巴马总统于2015年12月秘密通过《网络安全情报共享法》,豁免美国企业因该法进行网络安全情报共享而可能遭受的任何司法追究,从而鼓励美国企业自愿全面共享包括欧洲公民

118 Commission Implementing Decision, available at http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/privacy-shield-adequacy-decision_en.pdf, last visited May 16, 2016.

119 European Commission, EU-U.S. Privacy Shield: Frequently Asked Questions, available at http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-434_en.htm, last visited May 16, 2016.

120 同上。

个人数据的网络安全情报。

面对美国的做法，欧盟针锋相对，快速在 2016 年 4 月 27 日通过了《通用数据保护条例》。该条例通过属地主义和属人主义全面保护欧洲公民的个人数据权，明确规定了谷歌等美国企业非常反感的“被遗忘权”和“数据携带权”。如此，欧洲公民的个人数据如果出现在美国企业的系统中，欧洲公民有权要求该企业将其删除并通知其他处理该数据的企业删除；欧洲公民也可以选择将其个人数据从美国企业无障碍地转移到其他企业（当然包括欧盟本土企业）。

表面上看，欧美在个人数据保护方面的矛盾是欧美企业间的矛盾，归根到底还是国家经济实力的较量。这场较量将是一个持久战，谁在经济上最终战胜对方，谁就获得了主动权和更多的回旋余地。

6. 欧美博弈的启示：隐私保护是个突破口

欧美在数据保护上的对垒，不仅是法律的博弈，还是政治经济文化的比拼，全方位体现了当下大国国际交往的一种常态：冲突与合作。欧盟在冲突中的表现，正如美国联邦贸易委员会委员长朱莉·布里尔所指出的：“在施雷姆斯案之前，美国还质疑欧洲隐私保护做法是一个遮遮掩掩的保护主义，但欧盟法院的临时裁决就是赤裸裸的保护主义。”¹²¹ 简言之，这场博弈终究是经济上的博弈，保护主义只会不断将视野限制在本土范围之内，并一步步将自己逼入绝境，终将会扼杀未来的发展空间。

回顾这场已经有 40 多年历史的跨境数据保护的博弈，其中有关冲突的原因，解决问题的思路、方案及其缺陷，新的冲突以及再次合作，未来的趋势等，对于我国解决相关问题提供了重要参考。

121 Julie Brill, Transatlantic Privacy After Schrems: Time for An Honest Conversation, available at https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/836443/151023amsterdamprivacy1.pdf, last visited May 16, 2016.

6.1 冲突之因：经济安全与国土安全的矛盾

欧美数据跨境转移的矛盾，归根结底是美国与欧盟之间的经济安全与国土安全的冲突。20 世纪 70 年代以来，美国计算机行业的快速发展和全球商业扩张引发了欧盟各国的恐惧：未来的经济命脉和信息都掌握在美国人手中，欧洲各国都将处于美国的数字监狱当中，最终丧失政治的控制权和主动权。如何消除这样的恐惧是摆在欧盟及其成员国决策者面前的重大问题。

对于美国而言，本国公司的跨国扩张野心以及政府的国际警察定位，促使美国在国际交往中选择颇具进攻性的国际政策。长此以往，形形色色的恐怖主义不断滋生和升级，最终导致了 9·11 事件。由此，美国为了强化本土的国土安全，通过修订《航空与运输安全法》要求所有过境美国的民航飞机（不论国别）在起飞前将乘客的个人数据传输给美国海关。

因此，在这场冲突与反冲突的斗争中，欧美都有各自的安全的考虑，只不过欧盟是出于经济安全的考虑，美国出于国土安全的考虑。

6.2 冲突解决的突破口：个人数据保护及其适当性评估

在这个矛盾中，处于经济上弱势的欧盟及其成员国决定先发制人。虽然 1973 年达成的《国际电信公约》赋予了成员国可以国家安全为由对本国电子通信进行限制，但欧盟各国并没有以国家安全为名发难，而是巧妙地选择了从个人数据保护作为突破口，限制美国企业将在欧洲掌握的数据转移到美国，由此开启了长达 40 多年并将持续下去的一场大国博弈。

首先，以瑞典为首的 7 个国家率先在 1973 年出台各自的数据保护立法，并要求企业在进行个人数据转移时必须向当局申报并获得审批。这样的做法，让欧盟成员国取得主动权，同时迫使美国企业向欧盟成员国当局低头，否则就得退出该国市场。

不过，对于以经济一体化为核心目标的欧盟来说，成员国各自为政并非好事，但要立马统一这方面的立法也绝非易事。因此，欧盟各国选择了从国际组

组织的协调入手，主导了经济合作与发展组织《OECD 指南》。然而，该指南毕竟属于推荐性标准，美国在指南制定过程中也处于被动。因此，《OECD 指南》并没有实际发挥太大的作用，但为欧盟制定统一的个人数据保护法提供了契机。

其次，欧盟通过 1995 年《数据保护指令》，为欧盟成员国的个人数据保护设置了最低标准。其中，该指令对于限制美国企业最为重要的机制是数据跨境转移的个人数据保护适当性的评估：评估由欧盟委员会全权做出，如果数据接收国（如美国）的个人数据保护水平被评估为未提供适当保护，则美国企业不得从欧洲直接将数据转移到美国，而需按照欧盟委员会设定的其他要求（如标准格式合同条款或生效公司规则）来进行转移。

在欧盟运营的美国企业多达数千家，如果每个企业，不论大小、新创企业还是龙头老大，都要一一通过欧盟委员会设定的其他要求来转移数据，将变得非常费时费力，而且中小企业和新创企业也难以符合这些要求。因此，这些企业游说美国商务部，希望由后者跟欧盟委员会谈判。无奈的是，个人数据保护并非在现有 WTO 框架下，美国无法通过 WTO 来解决这方面的争端。因此，美国商务部不得不接招，步入欧盟设置的圈套——进行个人数据保护适当性的评估——由欧盟委员会来摆布。

6.3 冲突的核心争点：个人数据权≠隐私

根据 1995 年《数据保护指令》第 25 条第 2 款，在评估第三国是否为个人数据提供适当保护时，欧盟委员会要考察数据转移活动的所有情况，特别是所转移数据的属性、转移的目的和期限、数据转移初始国和目的国的法治程度、数据保护的一般性立法和部门性立法、专业规则以及安全保护措施。

在美欧关于个人数据适当保护的谈判中，美国与欧盟在个人数据的保护上存在重大差别：美国并没有个人数据保护的概念，美国仅有通过判例建立起来的隐私保护观念；美国现有的隐私保护立法并不是统一性立法，联邦层级的立法仅针对某个部门的特定信息（如政府登记的个人信用信息、医疗机构收集的健康数据、网络上未成年人的数据）；即使是部门立法中涉及的个人数据，其定

义也不同于欧盟的统一而宽泛的界定，而是非常狭隘的¹²²。因此，欧盟委员会起初并不认为美国对于隐私保护的水平达到了欧盟数据保护指令所要求的适当性水平。

在这种被动的情况下，美国商务部在谈判中只能加码。例如，2000 年谈判时，美国商务部承认并遵守欧盟数据保护指令中对于数据处理的基本原则，美国商务部愿意监督美国企业是否遵守上述原则。但是，美国在谈判中也有自己的底线——美国商务部无法改变美国国会的立法，例如要求国会通过统一的个人数据保护法。欧盟也深知仅仅因为自己内部法的要求无法让美国立即改变国内法。最终，美国商务部提出的安全港框架协议获得欧盟委员会的通过。在这个安全港框架下，美国国会无须通过统一的个人数据保护法；美国企业只需通过自我评估的方式就可加入该框架的白名单，承诺遵守该框架协议下所列明的数据处理原则；美国商务部、美国联邦贸易委员会以及美国交通部在各自职权范围内监督美国企业是否履行其承诺。如此，美国最大程度地保留了其原有的隐私保护制度和习惯，而欧盟也在战略上和结果上赢得了这场谈判。

不过，欧盟并没有停止进攻的脚步，终于在 2007 年通过《欧盟基本权利宪章》，并直接在该宪章第 8 条明确规定个人数据权是一个基本权利，即一种宪法性权利。

由此，欧盟在谈判中就可以高举基本权利的旗帜而立于不败之地。例如，斯诺登事件之后，欧盟法院根据宪章第 8 条，在施雷姆斯案中对 1995 年《数据保护指令》第 25 条第 6 款解释为“欧盟法院有关第三国个人数据保护适当性的决议并不排除成员国数据保护监管机构单独调查数据主体提出的该第三国未提供适当保护的申诉”，从而判决欧美安全港框架协议无效¹²³。

122 See White house, Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values, available at https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_5.1.14_final_print.pdf (last visited May 15, 2016).

123 在谷歌（西班牙）案中，欧盟法院根据宪章第 8 条解释 1995 年《数据保护指令》第 12 条、第

至此，美国的隐私保护观念与欧盟的个人数据权观念之间建立起了一道难以逾越的鸿沟。

6.4 未来的发展趋势：动态平衡

斯诺登事件深深打击了美国的公信力。借此机会，欧盟法院在施雷姆斯案中判决欧盟安全港框架下无效。因此，美国在新一轮的谈判中，不得不做出更大的让步：美国白宫和司法部也承诺对欧盟公民有关个人数据的申诉提供及时有效的救济途径；国会通过《司法救济法案》、在司法救济途径上给予欧盟公民就隐私保护救济上的美国公民待遇。由此，欧美就个人数据转移初步达成了替代性协议——欧美隐私盾协议。

目前，欧美仍然无法建立深度互信：①欧盟并不满足于美国非实体法上的让步，在隐私盾协议通过后的2个月，欧盟通过了《通用数据保护条例》。该条例全面落实2007年《欧盟基本权利宪章》的要求，规定了被遗忘权、数据携带权，进一步向美国施压。②美国暗地里也通过了《网络安全情报共享法案》，鼓励美国企业自愿共享网络安全情报，豁免其因共享而可能承担的法律风险。

由此可见，在这场旷日持久的拉锯战中，欧盟一开始选择了从个人数据保护入手，对美国企业的跨境数据转移设置障碍，40多年之后，欧盟仍然不断加强个人数据保护立法，一步步走入死胡同，造成的后果是本土企业跟着美国企业承受巨大的运营成本，本土企业越来越难与美国企业竞争。相比较而言，美国坚持实用主义，不断根据实际情况调整策略，表面上尽可能答应欧盟的要求，暗地里却立法鼓励美国企业自愿共享安全情报。这样，既不会给企业创新带来障碍，也保障了美国的国土安全。

就现有考察而言，未来欧美仍然存在根本性分歧，很难在隐私或个人数据保护上达成一致，但在全球化和数字化背景下，双方有政治、经济等诸多方面

14 条可以提供欧盟成员国公民有权对数据控制者提出删除其个人数据的请求，从而判决谷歌应当删除欧盟成员国公民应当被遗忘的数据。See Case C 131/12 - Google Spain and Google (2014).



的利益合作，在隐私保护上不得不各自做一些妥协，只是欧盟的代价相对要高一些。

02 涉浏览器不正当竞争案件的调研报告*

李 颖 陈 敏

李 颖 北京市海淀区人民法院中关村法庭庭长

陈 敏 北京市海淀区人民法院中关村法庭法官

浏览器在一定程度上已成为各家企业提供延伸服务、争夺流量的商业化工具，它的入口地位决定了其必定会成为互联网经营者的兵家必争之地。在移动互联网迅速发展、入口之争日益激烈的背景下，涉浏览器不正当竞争案件频频爆发。走到诉讼程序的案件绝对数量虽不多，但在行业内都具有一定代表性，案件类型新颖，法律争议也较大，亟须司法给出基本行为规则。基于以上考虑，本报告对近年来涉及浏览器的不正当竞争纠纷和具体案件进行了梳理，以期总结、提炼出相关规则，促进互联网特别是移动互联网行业的健康发展。

1. 浏览器行业概况及不正当竞争案件类型

1.1 浏览器功能及行业发展概况

浏览器是用户登录网站、浏览网页的工具软件，其基本功能是真实全面地将相关网页内容展现给用户。同时，浏览器还是网民进入互联网世界的入口，

* 该报告为海淀法院与中国互联网协会调解中心联合开展。

具有很强的经济拉动功能。如今，浏览器经营者围绕浏览器开发提供了很多衍生功能，它已经从单一的网页浏览工具向多功能应用平台发展。

按照使用的范围进行划分，浏览器可分为 PC 端与移动端两类。从 2008 年开始，360、搜狗等公司纷纷加入浏览器市场，浏览器市场的战争正式打响。这一时期浏览器推广的路径比较相似——借助庞大的底层客户端软件，如安全卫士、输入法，向用户捆绑推广浏览器。伴随着智能手机的发展和移动网络的普及，竞争从传统互联网领域向移动端飞速转移，市场格局发生变化，BAT 等各大互联网巨头亦开始发力手机浏览器市场以争夺移动互联网入口。随着手机 APP 的飞速发展，手机用户访问量被 APP 分流，手机浏览器的入口地位被削弱。于是，各浏览器厂商愈发注重浏览器内容平台的搭建，纷纷将诸如阅读、视频等有效提升用户黏性和使用时长的功能添加到浏览器中，满足翻译、微信搜索等场景化细分需求的浏览器功能设计开始增加。相关趋势显示，差异化的手机浏览器策略和专注细分领域需求的满足是手机浏览器未来的发展重点。

1.2 涉浏览器不正当竞争案件类型

司法实践中，涉浏览器不正当竞争案件可大致分为以下三类：一是由浏览器对其他产品发起的不正当竞争行为；二是浏览器被其他产品实施的不正当竞争行为；三是浏览器和浏览器之间的不正当竞争行为。下面将分别进行介绍。

1.2.1 浏览器对其他产品发起的不正当竞争

浏览器经营者凭借入口优势，占据着影响各网站经营资源的便利条件。近年来，各浏览器经营者竞相开发各种细分的场景化特色功能，以吸引更多用户关注并使用其浏览器，而各种细分的“特色”功能可能会引发不正当竞争纠纷。

(1) 浏览器广告屏蔽或快进功能。在猎豹浏览器屏蔽广告¹中，猎豹浏览器将能实现广告屏蔽功能的插件作为浏览器的推荐功能免费提供给公众，并在广告中大力宣传该“页面广告过滤”功能。当终端用户开启该功能后访问优酷网，优酷网原本合法投放的视频广告会被过滤。猎豹浏览器这一视频广告过滤功能不仅仅会对优酷网中的视频广告予以过滤，亦会过滤其他视频网站中的视频广告，且该功能处于默认关闭状态，需要用户启动设置。该案法院终审认定猎豹浏览器的行为破坏了优酷网的正常经营活动，不当利用了优酷网的经营利益，不符合技术中立原则，亦非行业惯例，构成不正当竞争。价值判断与经济分析是本案定性的重要考虑因素。注册用户付费点播无广告和免费播放加广告是目前视频网站的两种主要商业模式。在付费看视频的用户消费习惯培养尚需时日、贴片广告占到视频公司收入绝大部分、视频公司投入巨资进行正版化的现阶段，如否认视频网站的“免费加广告”经营模式，允许浏览器厂商纷纷提供广告屏蔽功能，势必会对整个视频行业产生极大冲击，损害投入巨额资金进行正版化的视频公司的合法利益，减少消费者的视频消费选择，最终损害消费者利益。所以尽管视频广告有着各种不尽如人意之处，但两害相权取其轻，可通过各视频网站之间的市场竞争促使相关公司自行改善。

除屏蔽广告外，浏览器快进功能也曾一度引发争议。2014年2月20日，傲游浏览器正式上线新版本“马上看”。用户通过点击该浏览器视频播放框上的快进按钮——一匹奔跑的小马，即可随意快进广告。随后，各视频网站纷纷采取技术措施对傲游浏览器进行反制。如在使用傲游浏览器观看优酷、乐视等网站的视频时，若不使用广告快进功能则可正常观看，但在点击“快进”后上述网站视频均不能正常播放，提示“不支持该浏览器”。该事件虽未进入诉讼程序，但引发了很多关注。据悉，360公司也曾推出具有广告屏蔽功能的软件，但出于诉讼风险的考虑，最终选择了将该版本下架。而之后，爱奇艺与乐视、百度与乐视等企业之间也因广告屏蔽功能引发了一系列纠纷。

1 (2013)海民初字第13155号民事判决书；(2014)一中民终字第3283号民事判决书。

(2) 浏览器下载功能。UC 浏览器提供优酷视频内容下载案件是这方面比较有代表性的案件。该案的主要事实是：用普通浏览器登录优酷网，网站页面比较整洁，优酷自带播放器没有下载按钮。用 UC 浏览器登录优酷网，网站页面复杂很多，优酷播放器上有标红的下载图标。用户安装 UC 浏览器后，可以将优酷网内不允许下载的视频内容以独立文件的方式保存到终端设备上，在不连接互联网的情况下亦能对文件进行播放。一审法院认为，优酷网对其视频采取了防止他人下载的技术措施，该商业模式不应被他人随意破坏。UC 浏览器对优酷网提供的播放器设置及在线视频点播服务进行了修改，不具有公益必要性，构成不正当竞争。二审法院维持一审判决²。浏览器提供对视频网站视频的下载功能，不当利用了视频网站的资源，减少了其网站的访问量及交易机会，具有行为的不正当性。

(3) 浏览器搜索功能。有关浏览器搜索功能的案件，既有涉及网页浏览器的案件，也有涉及手机浏览器的案件。360 网页浏览器就曾因搜索功能与百度公司引发过诉讼³。奇虎公司在 360 网页浏览器中嵌入百度搜索框，在百度搜索框中自行设置下拉提示词，该下拉提示词直接指向奇虎公司经营的影视、游戏等页面，而非百度搜索结果页面。在用户设置其他搜索方向时，仍插入与用户设置的搜索方向关联性很小的下拉提示词，如在用户搜索 mp3、图片甚至地图时插入相关视频节目提示词，点击即进入奇虎公司相关网页，甚至用户没有输入搜索关键词，仅选择了搜索方向如 mp3、图片时也会进入奇虎公司相关网页。法院认定奇虎公司的行为不仅干扰了网络用户对百度搜索的正常使用，还减少了使用百度搜索框的网络用户对百度搜索结果网页的访问。奇虎公司的上述行为违反了非公益必要不干扰原则，扰乱了互联网的 normal 经营秩序，构成不正当竞争。

目前，互联网企业混业经营的现象越来越多，某些手机浏览器经营者本身

2 (2013) 海民初字第 24365 号民事判决书；(2014) 一中民(知)终字第 06050 号民事判决书。

3 (2012) 一中民初字第 5718 号民事判决书；(2013) 高民终字第 2352 号民事判决书；(2014) 民申字第 873 号民事裁定书。

也经营搜索引擎业务。手机浏览器与搜索引擎在外观上有一定相似性，且都能实现搜索功能，故手机浏览器与竞争对手的搜索引擎形成竞争态势。因此，经营者应当避免手机浏览器的相关设置导致用户将其与其他搜索引擎发生混淆、误认。在百度公司诉搜狗公司不正当竞争纠纷一案中⁴，当用户启动搜狗手机浏览器，将顶部栏的默认搜索引擎设置为百度搜索并输入关键词时，顶部栏下方以全屏形式出现一系列浏览建议，浏览建议包含直接指向搜狗网的垂直结果内容和搜索推荐词。该浏览建议由搜狗网提供，且无论是预设搜索引擎为百度、搜狗还是谷歌，浏览建议的内容都相同，点击垂直结果，均进入搜狗相关页面。一审法院认为，搜狗手机浏览器在设计时采取的设置方式，使得当用户选择百度作为预设搜索引擎时，用户点击垂直内容进入搜狗网的整个过程中，百度图标始终处于顶部栏显著位置，存在使用了百度图标却未调用百度搜索引擎功能的情形，会使用户混淆，亦超出了合理使用的限度，构成不正当竞争。

（4）其他功能。除了上述三种功能外，浏览器对其他产品实施的不正当竞争行为，还表现为其他样态，如：直接屏蔽、修改被访问网站相关内容；在用户访问相关网站时，以弹窗提示的形式贬损或诋毁该网站相关服务，虚假提示用户，诱导其下载相关软件等。

1.2.2 浏览器被其他产品实施的不正当竞争

（1）浏览器被歧视性对待及不兼容问题。当浏览器企业推出的某些特色功能影响到竞争对手的运营模式时，竞争对手可能会对该浏览器采取不兼容等技术反制措施。如在浏览器屏蔽优酷网广告的同时，优酷网亦采取一定措施对猎豹浏览器进行反制⁵。优酷网直接针对猎豹浏览器做出不兼容提示，要求用户使用其他浏览器，如用户坚持使用猎豹浏览器，则拒绝提供视频内容。该行为在双方诉讼期间停止。法院认为，优酷网在金山公司实施不正当竞争行为时，以

4 （2014）海民初字第 15008 号民事判决书，该案直至 2015 年 4 月调研报告做出时，尚在二审审理过程中。

5 （2013）海民初字第 17359 号民事判决书；（2014）一中民终字第 3207 号民事判决书。

不兼容措施进行防御并无不妥。在猎豹浏览器过滤视频广告行为停止的情况下，优酷网未继续对猎豹浏览器采取不兼容措施，法院未认定优酷网上述行为构成不正当竞争。但在不同浏览器均安装第三方广告屏蔽插件后，打开优酷网视频，片头广告均被屏蔽，随后其他浏览器均可正常播放视频，而猎豹浏览器无法播放视频。将猎豹浏览器的身份识别代码进行隐藏后，可以正常播放；将其他浏览器的身份识别标记修改为猎豹身份识别代码，则不能正常播放。该行为在猎豹浏览器停止屏蔽视频广告后仍继续存在。法院认为优酷网这种歧视性对待猎豹浏览器的行为构成不正当竞争行为。

对既是裁判者，又是网络行业直接竞争者的互联网安全企业而言，其不得利用自身的安全监测和干预能力，在对相关产品及服务做评判和监督时采取双重标准，将自己和竞争对手的产品区别对待。在搜狗诉奇虎不正当竞争纠纷一案中⁶，360 安全卫士对将 360 浏览器、IE 浏览器设置为默认浏览器的过程不做任何提示，但对将搜狗浏览器设置为默认浏览器的过程则进行弹窗提示。一审法院认为，安全服务企业不能利用自身的安全检测和干预能力，对竞争对手的产品加以阻碍，对自己或无竞争关系者的产品不做提示，代替用户做出判断，360 安全卫士的上述行为构成不正当竞争。

（2）安全软件对浏览器进行不正当干预。对既经营安全类软件，又经营非安全类终端浏览器服务的企业而言，其对行为更应保持必要克制，将安全服务与其参与竞争的领域进行必要的区分。这类企业不得当利用其安全服务的身份，干扰其他浏览器正常的安装、使用，避免“瓜田李下”之嫌。而某些企业通过安全软件诱导用户使用其浏览器，甚至通过修改默认设置、强制升级等方式将浏览器强行安装至用户设备中，并通过不兼容、难卸载等方式阻止用户安装其他浏览器，由此引发一系列纠纷。如 360 安全卫士对将默认浏览器修改为搜狗浏览器的行为进行弹窗提示，并使用“木马防火墙提醒您一风险”、“威胁”、

6 （2013）二中民初字第 15709 号民事判决书，该案直至 2015 年 4 月该调研报告做出时，尚在二审审理过程中。

“快速清除残余木马”等用语。一审法院认为，安全软件对修改默认浏览器的行为向用户提示，具有正当性，但在没有证据证明搜狗浏览器为木马或存在安全威胁的前提下，弹窗中的用语会使用户对该浏览器产生负面评价和怀疑，客观上会诱导用户放弃使用或放弃将其设为默认浏览器，属于虚假描述，构成不正当竞争。此外，如用户在一键安装搜狗浏览器的过程中，做出不允许其设置为默认浏览器的选择后，再用其他方式意图将其设置为默认浏览器时，360 安全卫士会在不做提示的情况下直接阻止用户的设置，法院认为该设置既剥夺了用户的知情权、选择权，又破坏了搜狗浏览器的正常设置，构成不正当竞争⁷。

（3）对浏览器的安全性进行贬损、诋毁。用户可能通过浏览器登录网银、支付宝等账号，也可能通过浏览器登录邮箱，进入社交网站。如浏览器存在漏洞，将会给用户带来巨大风险，所以安全性是用户选择浏览器的重要考虑因素。在缺乏事实依据的前提下，对浏览器的安全性进行否定性评价，必然会对浏览器经营者的商业信誉产生负面影响，进而影响用户选择。安全软件在对浏览器进行评价时，务必客观、真实、公允和中立，不能误导公众、损人商誉。在搜狗诉 360 诋毁商誉一案⁸中，奇虎公司在其官网设置标题为“搜狗泄露隐私请用户修改密码”的链接，在“360 安全卫士”官微中称搜狗浏览器漏洞真实存在，提醒用户尽快修改密码，并使用“正告搜狗：提醒用户改密码比掩饰漏洞更重要”等字眼。一审法院认为，奇虎公司未提交充足有效的证据证明搜狗浏览器存在涉案漏洞，且发布涉案信息与正常发布方式存在明显差异，选择信息亦有倾向性，存在恶意贬低意图，构成不正当竞争。

1.2.3 浏览器之间的不正当竞争

互联网行业普遍混业经营，某些互联网企业可能利用所经营的其他产品影响竞争对手浏览器的正常使用，甚至将竞争对手的浏览器直接修改为自己的浏

7 （2013）二中民初字第 15709 号民事判决书，该案直至 2015 年 4 月该调研报告做出时，尚在二审审理过程中。

8 （2014）海民初字第 4652 号民事判决书，该案直至 2015 年 4 月该调研报告做出时，尚在二审审理过程中。

览器。浏览器之间的竞争，有时体现为浏览器被其他浏览器经营者所经营的其他软件所实施的不正当竞争行为，目的是争夺浏览器的市场份额。如搜狗公司曾起诉称，在用户运行“360”杀毒软件进行全盘扫描并对“建议修复项”进行修复时，该软件未经用户允许，自动将用户原有的搜狗浏览器默认设置修改为360浏览器默认设置，且用户发现后很难进行重新设定⁹。此案正在审理过程中，是否构成不正当竞争仍有待法院判决。

2. 涉浏览器案件中形成的初步共识

2.1 对竞争关系进行具体分析、宽泛理解

网络环境下，行业之间的界线变得模糊，经营者的业务扩展具有更大灵活性，混业经营构建网络产品生态系统的现象明显增加，竞争出现跨行业、立体化的特点。主营业务或所处行业不同的经营者，随时可能因业务领域的拓展而产生竞争关系，进而在某一细分领域或新生业务中争夺消费群体的注意力、谋取有限的交易机会。互联网经济是“眼球经济”、“注意力经济”，用户是互联网公司开展业务的基础。尽管竞争双方所处的细分领域不同，仍可能存在对相关群体用户的争夺。我们认为，判断经营者之间是否存在竞争关系，不能仅限于对各自业务领域的考察，而应聚焦于具体行为的竞争目的或赢利动机，因时因事具体分析。因此，浏览器经营者与视频网站经营者、搜索引擎服务提供者之间均有可能存在竞争关系。

2.2 商业模式合法运营产生的正当商业利益受法律保护

商业模式并非法律概念，而是经济学或管理学上的概念。商业模式的内涵外延很丰富，通俗地理解，是企业挣钱的一种方式。商业模式所带来的经济利益并非法律上的权利，不能获得如同权利一般的保护。没有一种商业模式是固

9 （2014）西民四初字第00529号，该案直至2015年4月该调研报告做出时，尚在一审审理过程中。

定的、一成不变的。在市场经济条件下，企业有选择商业模式的自由，但行使自由的前提是手段不具有违法性。法律保护的是各商业模式合法运营前提下所产生的正当商业利益，禁止的是恶意对他人合法商业模式的干扰和破坏。随着互联网经济的发展，浏览器不再单纯定位于互联网入口的基本功能。在各大巨头初步瓜分市场的背景下，各浏览器经营者往往试图通过创新商业模式，开发满足用户需求、改善用户体验的特色功能挤入竞争市场，由此引发对他人商业模式的破坏是否构成不正当竞争的问题。法院在一系列判例中，已确立了合法运营的商业模式所产生的正当商业利益受到竞争法保护的态度。

2.3 “非公益必要不干扰原则”与“最小特权原则”的指导性

“非公益必要不干扰原则”是在“百度诉 360 插标及劫持流量案”¹⁰的二审判决中首次提出，在一些不正当竞争纠纷的判决中都有体现¹¹。“非公益必要不干扰原则”是指，网络产品或服务应当和平共处、自由竞争，相互之间原则上不能相互干扰。是否使用某网络产品或服务应取决于网络用户的自愿选择。确实出于社会公众利益的需要，网络服务经营者在特定情况下不经网络用户知情并主动选择以及其他网络产品或服务提供者同意，也可干扰他人产品或服务的运行，但应确保并证明干扰手段的必要性和合理性。否则，应认定违反了竞争法原则和基本商业道德¹²。根据该原则，网络经营者对他人互联网产品或服务的运行采取干预措施的，需要对“公益”的存在及干预手段的必要性、合理性承担举证责任。作为处于网络入口地位的浏览器而言，有着影响用户浏览、访问其他网站的便利条件，可能也会打着用户利益的旗号，干预、破坏其他经营者的经营模式，其他企业也可能以维护用户利益、提升用户体验为由损害浏览器厂商的合法利益，故“非公益必要不干预原则”对于审理涉浏览器案件具有一定指导意义。

10 (2013) 高民终字第 2352 号民事判决书。

11 如优酷诉 UC 下载案，参见 (2013) 海民初字第 24365 号民事判决书。

12 石必胜. 互联网竞争的非公益必要不干扰原则——兼评百度诉 360 插标和修改搜索提示词不正当竞争纠纷案[J]. 电子知识产权, 2014 年第 4 期, 第 30 页。

“最小特权原则”主要针对的是安全软件企业，该原则在“百度诉360插标及劫持流量案”再审裁定中得以确立。“最小特权原则”是指：安全软件在计算机系统中拥有优先权限，其应审慎运用这种“特权”，对用户及浏览器经营者的干预行为应以“实现其功能所必需”为前提。基于安全软件角色、功能的特殊性及其权限优势，其有干预其他网络产品或服务的能力。在混业经营背景下，个别网络经营者扮演着双重角色，故应对安全软件的特权进行约束，将其限定在维护网络安全的必要范围内。“最小特权原则”也将是对法院审理涉安全软件企业的浏览器不正当竞争案件中发挥指导作用的原则之一。

2.4 经营者在自己产品上有自主经营自由，但不得非法利用他人资源

经营者所进行的商业模式创新应当以自己或合作伙伴的经营性资源为基础，而不得非法使用他人经营性资源、搭便车，以损害他人利益的方式换取自己的竞争优势。我们认为，谁的地盘谁做主，网络经营者在自己的地盘（如产品）上，有较大的行为自由和经营自主权，可相对自由地构建其商业模式，但介入他人地盘时，则要遵循他人设定的游戏规则，未经允许，不得在他人地盘上肆意作为，改变他人提供服务的内容、方式等。这种“网络地盘主义”可以作为判断网络上相关竞争行为正当性的分析工具和逻辑起始点。“非公益必要不干扰原则”更多适用于对行为进行否定性评价的场合，“最小特权原则”主要针对的是安全软件行业，而“地盘主义”在对竞争行为进行肯定性评价时，以及安全软件行业以外的领域都有适用空间，涉及竞争中争取交易机会的“进攻”和保卫市场份额的“防守”两个层面。在百度公司就搜狗手机浏览器提起的诉讼中，搜狗公司是在自己浏览器地址栏的浏览建议中同时设置指向自己网站的垂直结果和指向搜索结果的搜索推荐词。一审法院认为搜狗公司的行为是在自己产品上进行的，属于行使经营自主权的范畴，其有权决定其顶部栏浏览建议中所展示的内容和排列的方式，将垂直结果导向自营网站的做法是在利用用户使用自己浏览器的商业机会来吸引用户使用自己经营的其他服务，未将其

同时设置垂直结果和搜索推荐词的行为认定为不正当竞争行为¹³。但一审法院同时认为，经营者在自己地盘上开展竞争也不是绝对自由的，对他人产品或服务也有一定避让义务，以免造成消费者的混淆、误认。搜狗公司本身经营有搜索引擎业务，其手机浏览器也具有搜索功能，与百度搜索引擎形成竞争态势。顶部栏与搜索栏无论在外观还是功能上都有一定相似性，在双方共同争夺移动入口的背景下，搜狗手机浏览器的经营者应注意避免其相关设置使用户产生误认、混淆¹⁴。我们认为，竞争法鼓励的是经营者通过对自身经营活动的改善、创新而创造财富的正当经营，而非通过干扰、破坏其他经营者的经营活动而掠夺财富的零和竞争。在诸如 UC 浏览器提供优酷视频下载、猎豹浏览器屏蔽视频广告等案中，浏览器经营者未经许可利用、破坏了他人提供的视频内容，是侵入他人的地盘（产品），非法借助他人资源构建自己的商业模式，具有不正当性。所谓用户体验的提升、消费者权益的保护是网络服务商的竞争手段或追逐赢利过程中的附带产品。用户是特定商业模式和竞争效果的最终裁判者，如果某种商业模式不符合大多数用户的需要，用户自然会“用脚投票”，从而影响经营者对其商业模式的调整，无须他人以破坏他人合法商业模式的方式加以干预并以此获利。

2.5 技术反制具有合理性，但应以必要为限

面对竞争对手的不正当竞争行为，经营者往往会在技术上进行反制和自力救济。一方面，互联网市场格局可能在一夜间发生剧变而难以恢复，不正当竞争行为的存在和持续可能会给其他竞争对手带来巨大损失，市场份额急剧缩减，发展机会时不再来；另一方面，诉讼又具有滞后性，救济方式也较为有限，如不采取技术反制等自力救济行为，经营者最终很可能赢了官司、输了市场。为了避免市场份额的急剧缩水，互联网企业在面对不正当竞争行为时，及时采取技术反制措施进行自力救济是非常有必要的。但这种自力救济应以必要性为限，

13 （2014）海民初字第 15008 号民事判决书，该案直至 2015 年 4 月该调研报告做出时，尚在二审审理过程中。

14 同上。

否则可能构成防卫过当，形成新的不正当竞争行为。

2.6 司法对市场竞争应秉承谨慎干预的态度

目前，互联网特别是移动互联网已渗透到人们生活、工作和学习的方方面面，网络的开放性与“互联网+”背景下经济的蓬勃发展，使得网络公司的利益分布点更加广泛，利益冲突成为网络经济发展的常态。互联网巨头纷纷构建自己的网络商业生态圈，业务拓展到 QQ、微信、微博等社交产品和视频、音乐、游戏、文库等文化娱乐产品以及搜索、电商、金融、O2O 等各个领域，形成广泛竞争的态势。而竞争的压力可以更好地促进创新，提升人们的福祉，促进经济的发展、社会的进步。“在裁判涉及新情况新问题的新难案件时，明晰法律标准必须首先以促进创新和发展为目标和导向，必须有利于降低创新风险和促进创新。”¹⁵我们认为，司法对商业创新应当秉承谨慎干预、适度谦抑的态度，对竞争行为的干预应维持在促进市场公平竞争的必要限度内，将评判商业模式优劣的话语权交给市场，而不是越俎代庖。法院在审理涉及浏览器不正当竞争、商业模式相关利益保护的案件中，必须妥善平衡“行为自由”与“权益保护”之间的关系，在维护正当竞争秩序的前提下，为商业和技术创新留下必要的空间。

3. 涉浏览器案件中面临的难题和展望

3.1 原则性条款的广泛适用削弱了法律的预测性和指引性，修法时对相对成熟的规则应予明确规定

网络技术和商业模式的推陈出新，决定了企业竞争行为样态的不断翻新，也给知识产权保护带来了新课题。目前，大部分涉浏览器不正当竞争案件是以《反不正当竞争法》第 2 条的原则性条款为法条依据，法官多依据诚实信用原则

15 孔祥俊：《知识产权保护的新思维——知识产权司法前沿问题[M]》，北京：中国法制出版社 2013 版，第 238-239 页。

和公认的商业道德进行定性判断。在互联网技术发展日新月异与法律的稳定性之间发生巨大冲突的背景下，诚实信用原则作为帝王条款，有适用的必要性，有助于法官“以无招胜有招”，公正、妥善地审理新型不正当竞争案件。但原则性条款的广泛适用在一定程度上削弱了法律的预测、指引、评价功能，也对法官提出了更高司法智慧的要求。由于缺乏法律具体规则的指引，相关案件往往需要法院以判决方式对相关行为进行定性，由法院来寻找和确定商业伦理、商业规则，确立开展竞争的“应然”规则，司法裁判对行业发展、竞争规则的形成发挥着重要的作用。而这需要法官对互联网经济的特点、发展趋势等全面正确的把控，以及对各方利益的妥当权衡，否则可能遏制竞争和创新、阻碍市场优胜劣汰机制发挥作用。同时，原则性条款的普遍适用也削弱了作为规范市场秩序基本法的《反不正当竞争法》的指引作用，不少企业抱有侥幸心理，以行为进行试探。目前，《反不正当竞争法》的修改已提上日程。尽管原则性条款的弹性对于追求创新、变化迅速的互联网经济规制而言具有一定必要性，但我们建议在修改竞争法时，应对比较成熟的规则以立法形式加以明确，从而增强法律的预测性与指引性。

3.2 对“恶意”的认定主观性较强，定性必须综合考量产业政策与市场因素

主观恶意是法官评价竞争行为正当性的关键要素。“恶意”是对行为人主观形态的一种判断，但如何将其客观化、应从哪些方面对“恶意”进行具体把握，是非常值得探讨的问题。而不可否认的是，法院在具体案件的裁判中，需要考虑裁判结果对互联网行业发展的影响。由于网络技术和商业模式不断推陈出新，法律则具有滞后性，难以给网络竞争者和法官提供明晰的行为和裁判规则，使得司法裁判在一定程度上要承担确立业界“应然”行为标准的任务。在审理这类案件时，法官的视角不能局限于个案，而要站在全行业发展的高度进行判断和考量。法官的裁判不仅应着眼于当下，更要放眼于未来。我们认为，诚实商业习惯的认定有时并非单纯发现事实的过程，而是一个利益权衡之后的价值确定过程。如对某竞争行为的正当性判断还未形成明晰的商业习惯或规则时，司法可能需要提出一种应然标准，“这不取决于善良风俗的标准是什么，而在于它

应该是什么。”¹⁶此外，知识产权具有一定的政策性，故产业政策、市场现状、裁判效果等因素在法官对相关行为进行定性时亦发挥着一定作用。

3.3 赔额确定具有难度，加大判赔力度需要更多证据与数据为支撑

在大多数不正当竞争案件中，争议双方均未提交证明原告损失或被告获利的证据，最后均由法院依据涉案浏览器市场份额、行为人的主观过错、行为的影响范围和持续时间等因素对赔偿数额予以酌定。企业和学界一般认为法院所判赔额太低，而维权成本很高，法院判赔数额很难弥补受害方的实际损失。我们认为，互联网行业有着不同于传统行业的收入模式，对经济损失的认定方式与传统财产损害的认定方式也有一定差异。互联网经济表现为一种双边市场形态。对浏览器经营者而言，一方面免费服务于网络用户，一方面服务于与其签订协议的商业客户。免费用户的数量与浏览器对商业客户提供相应服务的价格和维持市场竞争力之间具有正向关系。用户减少会导致商业客户广告点击量的减少，浏览器经营者的收入相应减少。但对于流量（点击量）如何变现、收入分成如何进行，法官作为行业外人员是难以知晓的。在没有充分的证据作为参考的前提下，法院难免陷入如何确定赔额的困境。另外，从证据角度来说，有时原告虽提交了相关证据，但统计数据往往是其后台数据，被告会以相关数据及计算方式是由原告单方提供为由，对证据不予认可。而在被告不认可的情况下，如无其他证据佐证，法院一般不会仅凭原告提交的数据和计算方式确定赔偿数额。我们认为，网络公司应加强有关客户流失、市场份额减少等方面证据的准备和提交，而中国互联网协会可牵头、联合行业内的公司就收费模式、流量变现、收入公式等问题形成行业惯例及说明，为法院的判赔数额提供更科学、扎实的证据支持。

16 [德]沃尔夫冈·黑费梅尔，通过司法和学说使反不正当竞争法的一般条款具体化[M]，漆多俊主编：《经济法论丛》第3卷，转引自刘春田主编：《知识产权法》，北京：高等教育出版社、北京大学出版社，2010年版，第351页。

3.4 司法裁判具有滞后性，应充分发挥行为保全的制度功能

对涉浏览器不正当竞争案件的定性问题，双方一般争议较大，案件诉至法院后，相关行为可能一直处于持续状态。对这类案件而言，如原告在诉讼阶段仅是消极等待判决结果，而被告的不正当竞争行为一直处于持续状态，被告很可能凭借其不正当竞争行为抢占市场先机，导致原告最终“赢了官司，输了市场”。新修订的民事诉讼法规定了行为保全制度，使得网络经营者在面对不正当竞争行为时，可以选择行为保全的公力救济途径。行为保全制度从及时救济角度出发，意在填补裁判的事后补救之不足，可以有效防止损害扩大，避免不正当竞争行为给权利人造成难以弥补的损失。而与此同时，行为保全关涉双方重大竞争利益，犹如一把双刃剑，需要及时出鞘，但又不能因轻率适用而损害被申请方的合法利益。因此，我们有必要对网络环境下不正当竞争行为保全的条件、程序、担保方式和数额、申请保全错误的损害赔偿等问题进行进一步研究，充分发挥行为保全的制度功能。而这，需要法院在今后的工作中进行积极而稳妥的探索。

03 移动互联网环境下文字作品 著作权保护问题调研报告

魏 嘉

北京市东城区人民法院知识产权庭负责人

移动互联网是指移动通信和互联网的有机融合，即互联网的技术、平台、商业模式与移动通信技术相结合并加以实践应用的总称。3G 乃至 4G 时代的开启以及智能移动终端设备的普及，为移动互联网的发展注入了巨大能量。工业和信息化部公布的《2016 年 1 月份通信业经济运行情况》显示，2016 年 1 月，我国移动电话用户规模达到 12.8 亿人，移动互联网用户净增 1942.1 万户，同比增长 11.8%，总数达 9.8 亿户¹，已达到我国总人口的 70.6%²。

移动互联网的高速发展，使作品的复制和传播方式发生了根本性和决定性的变化，其催生的商业应用日新月异，业务模式层出不穷，权利细分趋势更加明显，利益关系更加复杂，给著作权交易市场带来了更多的商业机遇，但同时给文字作品著作权保护工作也带来了日益严峻的冲击与挑战。移动互联网的兴起使作品著作权人的顾虑日益加深，主要体现在以下几个方面。

1 参见 http://cnews.chinadaily.com.cn/2016-03/04/content_23735610.htm，中国日报中文网，2016 年 3 月 22 日访问。

2 参见 <http://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=C01>，国家统计局数据查询网，2016 年 3 月 22 日访问。

一是移动互联网中信息的传播更加碎片化，著作权人难以准确定位侵权内容。传统PC端互联网中，作品传播具有相对完整性。无论美术作品、文字作品、摄影作品，还是电影作品一般均在各自的专门网站中或固定频道中加以完整呈现。在移动互联网中，作品的传播是零散和不完整的，传播的内容往往是一幅画、十几分钟影片或几百个字，且通过不同的移动互联网平台分发，使作品著作权人难以发现和准确定位。

二是移动互联网中信息的传播渠道更加广泛，著作权人难以控制作品传播范围。传统PC端互联网信息的传播一般只能通过网站，而移动互联网传播信息的渠道更加多样，如APP应用、微博、微信、聚合搜索平台等均可以传播作品，且传统网站发布信息需要经过编辑、审核、上传程序，而通过移动互联网发布信息更加便捷高效，著作权人很难加以有效控制。

三是移动互联网中信息的传播实现参与者更加多样，著作权人难以确定侵权责任主体。目前，国家对经营性互联网信息服务实行许可制度，对非经营性互联网信息服务实行备案制度。未取得许可或者未履行备案手续的主体，不得从事互联网信息服务。因此，传统网站须依据其是否具有经营性履行相应的许可或备案手续，否则可能因未履行上述手续被行政管理部门予以取缔或被通信服务商断开互联网接入服务。因此，一般情况下著作权人通过查询ICP/IP地址/域名备案信息即可确定该涉嫌侵权网站的经营主体。而目前对于APP应用是否需要进行备案以及如何备案均无明确规定。从审判实践来看，相当数量的APP应用对其开发者和经营者的署名情况比较混乱，存在署名不规范、不准确的问题，还有大量APP应用没有注明其开发者或经营者。同时，微博、微信等移动互联网传播渠道亦没有完全实现实名制，导致权利人无法确定通过移动互联网传播侵权作品的责任主体。

2012年以来，在移动互联网高速发展的背景下，北京市东城区人民法院以及北京市其他法院知识产权庭受理了大量涉及移动互联网的著作权侵权案件，其中以通过移动互联网侵犯文字作品著作权案件最为典型。

1. 近五年东城法院审理涉移动互联网侵害文字作品著作权案件的总体情况及存在的难点问题

1.1 涉移动互联网侵害文字作品著作权案件受理情况

2012 年至今，东城法院受理的涉移动互联网侵害文字作品著作权案件数量呈现逐年递增状态。近五年东城法院共受理涉移动互联网侵害文字作品著作权案件 66 件，其中，2012 年受理 7 件，2013 年受理 12 件，2014 年受理 13 件，2015 年受理 24 件，2016 年前三个月受理 10 件，年均增幅接近 40%，与前述移动互联网市场规模的增长态势基本同步。

1.2 涉移动互联网侵害文字作品著作权案件涉案主体情况

涉移动互联网侵害文字作品著作权案件中，主张权利受到侵害的主体既包含文字作品的原始著作权人，也包含大量文字作品著作权专有使用权人。上海玄霆娱乐信息科技有限公司（起点中文网）、中文在线数字出版集团股份有限公司、派博在线（北京）科技有限责任公司（隶属于《新京报》）、北京中作华文数字传媒股份有限公司等多家文字作品著作权人或著作权专有使用权人，以及高晓松、周瑟瑟、黄晓阳及李希敏等知名作者均曾向东城法院提起诉讼。

1.3 涉移动互联网侵害文字作品著作权案件裁判情况

在结案的涉移动互联网侵害文字作品著作权案件中，原告均同时主张要求被告停止侵权、赔偿损失。因大部分案件中，被告在收到原告侵权通知函或接到法院发送的起诉书后，均能及时删除涉案文字作品，故庭审中原告不再主张停止侵权的诉讼请求。法院在判赔金额上，充分考虑了文字作品的创作难度、市场价值、知名度、被告的侵权行为持续时间、侵权字数和影响范围、主观过错程度等因素并参考原《出版文字作品报酬规定》以及 2014 年 11 月 1 日起施行的《使用文字作品支付报酬办法》进行确定。

1.4 涉移动互联网侵害文字作品著作权案件审判难点问题

法院在审理涉移动互联网侵害文字作品著作权案件过程中，发现存在以下难点问题。

（1）通过移动互联网传播作品的情形下，较难认定被告实施的具体行为的性质。被告实施了提供作品行为，还是网络服务行为决定了其注意义务的高低，以及是否能够以避风港原则作为抗辩主张，往往成为双方争议的焦点。而移动智能终端的屏幕尺寸限制决定了其应用界面往往不显示页面的具体链接来源地址，同时深度链接技术使法官在判断被告具体行为的性质时进一步增加了难度。

（2）判断网络服务提供者是否构成间接侵权时，较难认定其是否具有明知或应知的主观过错。过错从本质上来说是人的主观心理状态。网络服务提供者对他人利用其网络服务实施侵权行为是否违反注意义务具有过错是判断其是否构成间接侵权的关键。行为人的主观态度他人并不能直接了解，法官只能通过当事人的举证结合法庭勘验情况还原被告所实施行为的具体外在表现，并就此推定行为人实际持何种主观态度，而这种认定可能与客观事实存在一定偏差。

（3）在涉及移动互联网新技术、新应用的案件中，技术中立原则与侵权责任认定之间的关系仍有待进一步明确。随着移动互联网的发展，聚合搜索、深度链接、云存储等新技术、新应用不断产生，借助上述技术与应用，文字作品在以前所未有的速度和广度被加以传播。如何划分单纯技术研发、技术实施行为与著作权侵权行为的界限，成为了权利人和网络服务提供者高度关注的焦点以及法官判定侵权责任是否成立的难点问题。

以下将针对上述难点问题，通过分析移动互联网的相关技术原理，总结归纳文字作品的各类传播渠道，区分参与文字作品传播的不同主体，并以东城法院及北京市其他法院已生效判决为主要依据，明确不同主体的注意义务以及其应承担的法律责任，并对技术中立原则与侵权责任认定之间的关系加以探讨。

2. 移动互联网的相关技术原理及文字作品的传播渠道

根据移动电话及移动互联网的技术演进过程和发展历史，通过移动电话或移动互联网传播³文字作品分为以下渠道。

2.1 通过短信传播文字作品

在智能手机普及之前，用户通过手机获取信息的途径较为单一，利用手机短信渠道获得文字信息是用户接触作品的一个重要途径。如“手机报”，其是一种综合资讯业务，由移动运营商联合媒体提供，手机用户预订该业务后，媒体负责提供相应资讯内容，移动运营商负责将该内容推送至用户的手机终端并以短信的方式加以呈现。

在派博在线公司诉咪咕数字传媒公司著作权侵权纠纷一案中，原告主张被告向用户发送“手机报”短信属于通过移动互联网对文字作品进行信息网络传播⁴。对此法院认为，信息网络传播权是指以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利，因此信息网络传播行为具有交互性的特点。被告通过移动运营商向用户发送“手机报”时，用户手机端仅能被动接受，无法选择接受的时间和地点，故向用户发送“手机报”短信不属于通过移动互联网对文字作品进行传播，并未侵犯作品的信息网络传播权。但向用户推送“手机报”短信将使用户手机中形成长久和稳定的复制件，故该推送“手机报”的行为可能侵犯作品的复制权。

2.2 通过 WAP 协议传播文字作品

WAP（Wireless Application Protocol）无线应用协议是一个开放式标准协议。

³此处使用“传播”一词仅为了讨论方便，并非指法律意义上的信息网络传播行为。

⁴参见原告派博在线公司诉被告咪咕数字传媒公司著作权侵权纠纷案，（2015）东民（知）初字第 07635 号民事判决书；（2015）京知民终字第 01699 号民事判决书。

在安卓、苹果等智能平台出现以前，用户连接互联网所使用的终端主要为小屏幕非智能终端，完整的 HTML 语言网页仍无法通过移动电话屏幕加以直接呈现。支持 WAP 协议的手机能浏览由 WML 语言描述的 Internet 网页内容，有效解决了上述问题。但考虑到缩减带宽的需要以及移动终端性能的限制，WAP 协议只支持显示文本、图片和链接信息。在北京书生网络公司诉飞拓无限公司著作权侵权纠纷案中，被告通过“wap.monternet.com”移动梦网传播涉案图书，网络用户可以通过移动电话访问该 WAP 网站并阅读、下载该文字作品⁵。对此法院认为，WAP 这一通过移动电话上网获取内容的无线网络传播方式符合信息网络传播权的性质，获得的内容亦为数字形式，属于信息网络传播权的权利范围。

2.3 通过 Internet 网站传播文字作品

随着移动智能终端屏幕尺寸的逐渐增加，普通 Internet 网站已经无须通过 WML 语言转换及 WAP 协议传输即可通过移动智能终端加以访问和呈现。因此，通过移动智能终端访问 Internet 网站与通过计算机访问并无本质不同。但为了提高移动智能终端用户访问 Internet 网站的体验，很多 Internet 网站对于移动智能终端来源的访问均进行了页面优化和调整，以适应不同屏幕大小的设备，但此种页面优化和调整并未改变网站中作品的来源，亦不属于增加新的传播途径。

2.4 通过微博、微信传播文字作品

微博，即微型博客（Micro Blog）的简称，是一种通过关注机制分享简短实时信息的广播式社交网络平台。网络用户注册微博后，即可用 140 字以内（包括标点符号）⁶的文字更新信息，并实现即时分享，用户将可以在其选定的时间和地点访问该微博内容。有观点认为，信息网络传播权是指以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利，如微博关注者或访问者极少或为零，微博内容未被公众获取，或仅被少量用户

⁵参见原告北京书生网络公司诉被告飞拓无限公司著作权侵权纠纷，（2007）海民初字第 25690 号民事判决书。

⁶不同平台的微博字数限制略有不同，但均限制在数百字以内。

关注并获取，则利用微博传播作品的行为无法受到信息网络传播权的控制。该观点属于对信息网络传播权的片面理解。所谓“提供作品”是指使公众获得作品的可能性，而不要求公众实际获得该作品⁷。故通过微博传播文字作品，即使无人关注或无人访问亦属于著作权法上的信息网络传播行为，属于信息网络传播权的控制范围。

微信是腾讯公司于2011年1月推出的一个为移动智能终端提供即时通信服务的应用程序，包含消息推送、朋友圈、公众平台等功能。与微博的关注者数量无限制不同，微信的好友数量以及微信群成员数量具有一定上限，故对于通过微信的消息推送和朋友圈功能传播文字作品是否能被认定为向“公众”提供作品存在争议。对于消息推送功能，如发送文字作品的双方为特定好友，则该传播文字作品的行为不属于向公众提供作品，故不受信息网络传播权控制，但因在移动智能终端上形成长久和稳定的复制件，故可能侵犯作品的复制权。对于公众平台功能，其面向社会公众开放，任何用户订阅该公众号后均可以在其选定的时间和地点获得该公众号发布的文字作品内容，故通过微信公众号提供文字作品的，构成对信息网络传播权的侵犯。

2.5 通过移动应用商店及 APP 应用传播文字作品

移动应用商店是以智能终端为载体，以移动互联网为通道，由应用市场经营管理运营者运营的开放式或封闭式数字 APP 应用软件市场。移动应用商店本身并不包含任何文字作品，网络用户需要通过应用商店下载特定的 APP 应用以获得作品。

APP 应用传播文字作品包含两种方式：一是用户下载 APP 应用后无须连接互联网即可通过该 APP 应用获得文字作品，即文字作品内置于 APP 应用之中⁸；二是 APP 应用本身不包含文字作品，用户下载 APP 应用后需要通过移动互联网

⁷世界知识产权组织版权条约（WCT）第8条中“making available to the public”是指他人获得作品的可能性，而并不要求他人实际获得。

⁸此种情形仅适用于文字作品的传播，视频、音乐等数字文件较大，一般不通过此种形式传播，参见原告中作华文公司诉被告飞流九天公司侵害作品信息网络传播权纠纷案，（2012）东民初字第12236号民事判决书。

连接远端的服务器以获得作品。⁹而后一种方式亦分为两种类型,其一为调用APP应用运营方所控制网络服务器中的文字作品内容,其二为搜索链接他人网站中的文字作品内容。

移动应用商店按照其经营模式大体分为两种:其一为封闭式应用商店,典型的如苹果应用商店“APP Store”,苹果应用商店中所有APP应用均为苹果公司自行开发或由与其签订《已注册的Apple 开发商协议》和《iOS 开发商计划许可协议》的开发商进行开发,其中大部分APP应用系收费下载。其二为开放式应用商店,即安卓平台应用商店,包括手机内置应用商店,如华为应用商店、乐视应用商店,以及第三方应用商店,如机锋应用商店、腾讯应用宝等。

2.6 通过移动聚合搜索平台传播文字作品

对于聚合搜索并没有完全准确和公认的定义,与聚合搜索在概念和技术方面相近似的是垂直搜索。垂直搜索引擎是针对某一个行业的专业搜索引擎,是搜索引擎的细分和延伸,是对网页库中的某类专门的信息进行整合,定向分子段抽取需要的数据进行处理后再以某种形式返回给用户。垂直搜索是相对通用搜索引擎的信息量大、查询不准确、深度不够等提出来的新的搜索引擎服务模式,通过针对某一特定领域、某一特定人群或某一特定需求提供有一定价值的信息和服务。相比较通用搜索引擎的海量信息无序化,垂直搜索引擎则显得更加专注、具体和深入¹⁰。

聚合搜索技术与垂直搜索技术类似。聚合搜索平台依赖于数据库选择技术、文本选择技术、查询分派技术和结果综合技术等,在用户界面的改进、调用策略的完善、返回信息的整合以及最终检索结果的排序方面均有了一定提升。无论是垂直搜索还是聚合搜索,其技术基础均涉及深度链接和定向链接。

⁹参见原告周瑟瑟诉被告无限新空公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,(2013)东民初字第03623号民事判决书。

¹⁰参见<http://baike.baidu.com/view/7491.htm>, 百度百科网站,2016年4月4日访问。

3. 通过移动互联网传播文字作品的参与主体及其法律责任

3.1 文字作品发布网站经营管理者及其法律责任

目前，发布与传播文字作品的网站主要分为三种类型，即自营型网站、平台型网站与合作型网站。

3.1.1 自营型网站经营管理者及其法律责任

自营型网站是指网站中全部文字作品均为网站经营管理者自行上传发布，并由网站经营管理者对所发布的作品承担全部责任的网站。因该类型网站需要前期获得大量文字作品的著作权授权，故采用该种经营模式的网站较少，多为侵权网站或传播超过著作权保护期作品的网站。

3.1.2 平台型网站经营管理者及其法律责任

平台型网站是指网站中全部文字作品均为网络用户上传发布，网站经营管理者仅提供信息存储空间服务的网站，这一类型网站亦分为两种。其一典型的如百度文库，其仅提供信息存储空间服务，并未对网络用户所上传的文字作品内容主动进行人工选择、编辑和推荐，但其经营者对于点击、下载数量巨大的文字作品仍应承担较高的注意义务¹¹；其二典型的如 BBS 网站，如其对网络用户上传的文字作品进行加精华、置顶、积分奖励等操作，则网站经营管理者应承担较高的注意义务，可能构成帮助侵权或教唆侵权¹²。

3.1.3 合作型网站经营管理者及其法律责任

合作型网站是指网站与作者签订合作协议，通过该网站平台共同向公众提

11参见原告北京中青文公司诉被告百度网讯公司侵害作品信息网络传播权纠纷案，（2013）一中民初字第11912号民事判决书；（2014）高民终字第2045号民事判决书。

12参见原告中文在线公司诉被告搜狐互联网公司侵犯著作权纠纷案，（2014）海民初字第5602号民事判决书。

供文字作品的网站。作者与网站签约后即通过该网站不断发布并传播其撰写的文字作品，读者一般须支付费用才能阅读全部作品章节内容，网站平台在收到读者支付的费用后按照双方约定的比例与作者分成。因合作型网站与发布作品的作者存在紧密的合作关系，共同参与合作经营收益分配，如该作者所发布的作品含有侵犯他人著作权的内容，则该作品发布者与该合作型网站经营管理者构成以分工合作形式的共同侵权，应承担连带责任。

3.2 微博与微信公众号内容的发布者与转发者及其法律责任

3.2.1 微博与微信公众号内容的发布者及其法律责任

微博与微信公众号均面向不特定公众¹³，故通过微博或微信公众号传播文字作品应受信息网络传播权的规制。微博或微信公众号内容的发布者应对其发布的内容承担法律责任，如其所发布的文字作品系侵权作品，则该发布者构成对作品信息网络传播权的直接侵权。

3.2.2 微博内容转发者及其法律责任

微博内容由用户发布后，微博平台提供转发功能，即在每一条公开发表的微博下方都有转发按钮，用户通过点击该按钮可以让被转发的微博内容显示在自己的主页上，使其关注者看到。被转发的微博会以引用框的形式显示在转发人的微博主页上，引用框中仍然包括原博主的名称和文字内容且不会发生任何改变。在转发操作中，转发者无法对原博主名称或其发布的微博内容进行任何修改，微博内容的转发者通过该功能不会侵犯该文字作品著作权人的修改权、署名权、保护作品完整权等人身权。当原博主将发布的内容删除后，转发者的引用框中的相应内容也会被删除，说明在转发过程中并未生成新的复制件，因此转发微博并不构成对作品复制权的侵犯。

关于转发微博内容的行为是否构成对作品信息网络传播权的直接侵权，有

¹³除微博私信功能外。

观点认为，转发微博内容后，在转发者微博主页上公众即可完整接收到被转发微博的全部文字内容，公众无须跳转到原微博即可阅读完整的文字作品，故转发微博行为构成对作品信息网络传播权的直接侵权。也有观点认为，被转发微博的原博主系将文字作品上传至微博平台服务器的主体，而转发微博的过程中，转发者并没有再次将被转发微博的内容上传至微博平台服务器中，如被转发的微博内容被原博主删除，则转发者自己的微博主页将无法显示被转发的微博内容，故转发微博的行为不构成对作品信息网络传播权的直接侵权。如微博转发者对于被转发的微博内容属于侵权作品具有明知、应知的主观过错，则其因帮助侵权作品扩大传播范围而应承担帮助侵权的法律责任。目前对该问题仍存在争议，须进一步研究。

但如果转发微博的目的并不在于传播被转发微博内含有的作品，而是为了对被转发的微博内容发表评论意见，使评论更具针对性，则该转发行为不会与作者对其作品行使著作权权利展开经济竞争，不会影响该作品的正常使用，也不会不合理地损害作者的合法权益，因此构成著作权法上的合理使用¹⁴。

3.3 文字作品 APP 应用开发者、应用商店经营管理者及其法律责任

3.3.1 文字作品 APP 应用开发者及其法律责任

对于文字作品内置于 APP 应用之中的，该 APP 制作完成并上传至应用商店或网站服务器中时，均会形成相应的数字化副本，故该 APP 应用的开发者可能侵犯作品的复制权。同时，将含有文字作品的 APP 应用上传至向公众开放的应用商店或网站服务器中，使公众可以下载并安装该 APP 应用后在选定的时间和地点获得该文字作品，该行为构成对作品信息网络传播权的直接侵权。

对于 APP 应用本身不包含文字作品，用户下载 APP 应用后须要通过互联网连接远端的服务器以获得作品的，如该 APP 应用系调用保存在其开发者所控制网络服务器中的文字作品内容，该 APP 应用开发者仍然构成对作品信息网络传

¹⁴参见原告张海峡诉被告于建嵘侵害著作权纠纷，（2012）高民终字第 3452 号民事判决书。

版权的直接侵权。如该 APP 应用系搜索链接他人网站中的文字作品内容，该 APP 应用开发者一般不构成对作品信息网络传播权的直接侵权，而根据其对所链接的侵权文字作品是否具有明知、应知的主观过错可能构成间接侵权¹⁵。

3.3.2 苹果平台应用商店经营管理者及其法律责任

在苹果应用商店中，对于苹果公司自行开发并发布的 APP 应用，苹果公司对该 APP 应用中包含的文字内容承担全部法律责任，如其自行开发并发布的 APP 应用中含有侵权文字作品，则苹果公司构成对作品信息网络传播权的直接侵权。

对于第三方开发商制作的 APP 应用中含有侵权文字作品的，由于苹果公司所经营的应用程序商店是以收费下载为主的网络服务平台，并且在与开发商的协议中，约定了固定比例的直接收益，苹果公司从应用程序下载中直接获利。同时，苹果公司对于应用程序商店具有较强的管控能力，并非单纯地提供信息存储空间。通过包括与开发商订立相关协议，苹果公司基本控制了该平台上应用程序开发的方向和标准，不但收费许可相关开发商使用其软件编写、测试可运行在 iOS 环境下的应用程序，为开发商提供相关作业系统、软件（源代码和目标代码）、示范代码、模拟器、工具、API 等内容和服务，还要求开发商开发的所有应用程序都必须向其提交并由其选择分销且同意酌情独自决定是否同意分销。苹果公司与一般的信息存储空间网络服务提供者存在差别，其理应承担更高的注意义务¹⁶。

3.3.3 安卓平台应用商店经营管理者及其法律责任

在审判实践中，安卓平台应用商店的经营管理者多抗辩称其提供信息存储空间服务。对于 APP 应用中直接包含文字作品的，法院根据查明事实的不同，可能认定安卓平台应用商店经营管理者承担直接侵权或间接侵权责任。

¹⁵可参考本章节内容中关于移动聚合搜索平台经营管理者法律责任的相关分析。

¹⁶参见原告中文在线公司诉被告苹果公司侵害作品信息网络传播权纠纷案，(2013)高民终字第 2079 号民事判决书。

第一种情形是该应用商店并未标明 APP 应用的制作发布者，该应用商店亦无法举证证明该 APP 应用的来源，故法院推定该 APP 应用为该应用商店自行制作发布。考虑到安卓平台应用商店可能自行制作或通过互联网搜集 APP 应用并上传至其经营管理的应用商店中，如其自行制作或搜集发布的 APP 应用中直接包含有侵权文字作品，则该应用商店的经营管理者构成对作品信息网络传播权的直接侵权。

第二种情形是该应用商店经营管理者与 APP 应用的提供者签订内容合作协议，并相互开放 API 应用程序接口，双方共同向公众提供含有侵权文字作品的 APP 应用，此时双方构成以分工合作形式的共同侵权。

第三种情形是含有侵权文字作品的 APP 应用确为 APP 应用的开发者自行上传，此时应用商店经营管理者系提供信息存储空间服务，不构成对作品信息网络传播权的直接侵权，其是否构成间接侵权即是否具有明知、应知的主观过错应考虑文字作品的知名度，该 APP 应用应用商店中是否处于可被明显感知的位置，应用商店经营管理者是否存在对该 APP 应用的主体、内容主动进行选择、编辑、整理、推荐等行为。

如 APP 应用本身不直接包含文字作品内容，该 APP 应用的运营方仅提供文字作品的搜索链接服务，网络用户需要通过互联网连接远端服务器以获取文字作品内容的，移动应用商店经营管理者因无法直接接触并感知侵权文字作品，故其应承担的注意义务较低，不具有明知、应知的主观过错，一般不承担侵权责任。

3.4 移动聚合搜索平台经营管理者及其法律责任

3.4.1 关于深度链接、定向链接行为及其法律责任

互联网网站的经营者或者网络用户将数字化文字作品上传或以其他方式将其置于向公众开放的网络服务器中，使公众可以在选定的时间和地点获得该文字作品的行为，构成著作权法上的信息网络传播行为。故通过正常全网搜索获得搜索结果并且提供链接，即使提供的链接系深度链接或定向链接，亦不构成对作品信息网络传播权的直接侵权。此时，该搜索链接服务的提供者是否构成

间接侵权，应依据其所链接的作品是否系侵权作品，以及其提供搜索链接服务是否具有明知或应知的主观过错来进行认定¹⁷。

但如果移动聚合搜索平台提供的不是正常的全网搜索链接，而是人为设定在特定侵权网站站内进行搜索并对特定侵权网站站内的内容设立深度链接、定向链接，则通常其不能进入避风港。根据当事人举证情况，该移动聚合搜索平台经营管理者与上述侵权网站可能构成以分工合作形式的共同侵权。即使无证据证明双方具有合作关系，法院亦应赋予该移动聚合搜索平台经营管理者较高的注意义务，而不能简单地认定其仅提供搜索链接服务。

3.4.2 关于缓存与文字内容抓取行为及其法律责任

与视频类聚合搜索不同，因文字作品所占数据文件体积较小¹⁸，考虑到所链接网页的稳定性和用户体验，一些文字作品聚合搜索平台表面提供搜索链接服务，但在后台会抓取来源网站页面的文字内容并加以保存，并将原网页的文字内容进行了缓存。对此法院认为，所谓“缓存”是指数据交换的缓冲区，其目的系加快数据读取速度，一旦关闭计算机电源或计算机开始运行新的指令，存储在“缓存”部分的数据就将消失或者被覆盖，其有别于能够使作品稳定地、长久地固定在物质载体上的著作权法意义上的复制，属于一种客观技术现象，因此不构成侵权。但如移动聚合搜索平台的行为系抓取并保存原网页中的文字内容，并将抓取保存的文字内容向公众提供，该行为系代替原网页向公众提供作品，与所谓“缓存”有本质不同，构成对作品信息网络传播权的直接侵权。

3.4.3 关于搜索结果的选择、编辑、修改、推荐行为及其法律责任

法院应当根据网络用户侵害信息网络传播权的具体事实是否明显，认定网络服务提供者是否构成应知。如移动聚合搜索平台经营管理者对其提供的搜索

¹⁷可参考本章节内容中关于搜索结果的选择、编辑、推荐及其实施者法律责任的相关分析。

¹⁸ 1KB为1024字节，单个汉字占用2字节，故大小为10MB的数字文件可以容纳中文500余万字，假设单部作品字数平均为500万字，则容量1000GB的一块硬盘可以存储文字作品共计10万部，相当于一个中小型图书馆藏书的规模。

结果主动进行了人为干预,包括修改作品内容、设置作品专题、编辑作品目录、发布内容简介、置顶推荐好评等,此时移动聚合搜索平台的经营管理者已非单纯提供搜索链接服务,法院推定其接触了所链接的作品内容,故应承担较高的注意义务。

4. 技术中立原则与侵权过错责任认定

技术中立原则也被称作“实质性非侵权用途原则”,其最初来源于1984年1月美国最高联邦法院对“环球电影制片公司诉索尼公司案”的终审判决。该判决认定出售具有“实质性非侵权用途”的录像机并不构成“帮助侵权”。但法院对该案件做出裁判时并未考虑该设备或技术用于“侵权用途”与“非侵权用途”的比例,故该判决存在一定的潜在缺陷,即可能被主要用于侵权目的的设备或技术提供者所利用。因此在2005年6月美国联邦最高法院对“米高梅制片公司诉Grokster公司案”的终审判决中,美国联邦最高法院对“实质性非侵权用途原则”进行了进一步修正,对“实质性非侵权用途原则”加上了严格的前提条件,即认定“实质性非侵权用途原则”不是判断是否构成帮助侵权的唯一依据,只要能够证明设备或者技术的提供者具有引诱他人侵犯著作权的意图,仍然可以认定帮助侵权成立。该判决做出的如上修正,正是考虑了网络技术发展对著作权保护问题带来的日益严峻的挑战。

我国侵权法律体系中并没有直接关于“技术中立原则”的相关概念及法律规定。我国《侵权责任法》规定,行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任,即判断行为人是否应当承担侵权责任,一般应采用过错责任原则。二人以上共同实施侵权行为,造成他人损害的,应当承担连带责任。教唆、帮助他人实施侵权行为的,应当与行为人承担连带责任。具体到移动互联网环境下网络服务的提供者,其是否构成帮助侵权或教唆侵权,亦应根据其是否具有主观过错而进行认定,技术中立原则并不能完全成为网络服务提供者免于承担法律责任的护身符。侵权责任法上的过错是指当事人明知或应知自己的行为可能给他人的合法权利带来损害,在主观上对这种损害持放任或者希望的态度。

即使网络服务提供者所提供的网络服务既可能被用于非侵权用途，也可能被用于侵权用途，如网络服务提供者与信息网络传播行为实施者通过意思联络达成了共同侵权的主观意图，并且共同实施了侵犯他人著作权的行为，则网络服务提供者与信息网络传播行为实施者构成共同侵权，应当承担连带责任；如网络服务提供者明知或应知其提供的网络服务被大量利用实施侵害作品信息网络传播权的行为，而采取放任的态度继续提供该网络服务且拒不采取任何改进或预防措施，导致侵权作品被大范围传播，则该网络服务提供者构成帮助侵权；如网络服务提供者以言语、推介技术支持、奖励积分等方式诱导、鼓励他人使用其提供的网络服务实施侵害作品信息网络传播权行为，则该网络服务提供者构成教唆侵权。因此，在审判实践中判断网络服务提供者是否具有明知或应知的过错是认定其是否承担侵权民事责任的核心。该网络服务提供者所提供的技术是否具有非侵权用途可以作为认定其是否具有主观过错的考虑因素，如网络服务提供者所提供的技术被绝大部分用于侵权用途¹⁹，则该网络服务提供者显然应当负有更高的注意义务。

综上，应对技术中立原则进行正确理解。技术中立原则的核心在于区分“技术本身”与对技术的“使用行为”。即技术中立原则的中立指的是“技术本身”的中立，而非对技术的“使用行为”的中立。这也就意味着，如果该使用行为违反了相关法律规定，则其依然可能构成侵权²⁰。技术的进步是无止境的，但技术不能被无限制地随意使用。在知识产权审判工作中要特别注意把握促进科学技术创新和保护知识产权之间的关系，准确区分单纯的网络技术提供行为与使用网络技术参与传播作品内容的行为，合理界定网络服务提供者的注意义务，

19如某P2P视频传输播放技术被大量“三无”网站（无ICP备案信息、无经营者信息、无联系方式）利用传播盗版影视作品，而仅有极少数实例或根本无实例显示该P2P视频传输播放技术曾用于传播正版影视作品，则该P2P视频传输播放技术的提供者显然应当负有更高的注意义务。又如某文字作品聚合搜索平台所搜索链接的文字作品均来自于固定的十余家“三无”网站，上述网站对知名或热门文字作品均免费提供全本下载，则该聚合搜索技术的提供者亦应承担较高的注意义务。

20参见原告合一信息技术（北京）有限公司诉被告北京金山网络科技有限公司等不正当竞争纠纷案，（2014）一中民终字第3283号民事判决书。

既要防止因知识产权保护阻碍科学技术的发展，又要防止以技术中立为名行侵权之实。

5. 加强著作权司法保护，促进移动互联网行业健康发展的若干建议

互联网发展的核心是创新，移动互联网是目前创新空间最广阔、创新力量最集中、创新思维最活跃的领域。作为传统互联网的延伸和演进方向，移动互联网在近年来得到了迅猛的发展。移动互联网产业的健康与高速发展离不开知识产权保护工作的保驾护航。如果脱离了著作权法律制度的规制，移动互联网的各类传播渠道充斥着侵权作品，著作权人的合法权益无法得到保护，则无人愿意从事创作，那么无论移动互联网技术发展到多尖端的水平，也只能成为空中楼阁。但另一方面，如果将知识产权保护提升到过于严苛的程度，将极大遏制信息通过移动互联网的自由流动与广泛传播，互联网“交互”与“连接”的基本功能亦将无法有效实现。因此只有促进权利人、移动互联网企业和社会公众三者之间利益的平衡，才能不断激励创新创造，最终实现移动互联网产业更好更快发展，让创新的成果惠及全社会。

为进一步做好涉移动互联网侵犯著作权案件审判工作，促进移动互联网产业健康发展，我们特提出以下建议。

一是移动互联网企业应重视网络技术研发与应用所带来的知识产权法律风险，不断提高风险意识，增强风险认识能力。移动互联网企业应将知识产权保护问题纳入自身发展规划，在技术方案前景论证阶段，移动互联网企业即应首先考虑自身知识产权保护及侵犯他人知识产权的可能性，并组织企业内部法务人员、公司律师进行充分论证，对技术的知识产权可实施性进行充分检索，降低侵权涉诉风险。

二是院校法学院、知识产权研究机构可充分发挥智库作用，为移动互联网企业提供专业法律支持。应鼓励知识产权法律研究机构通过组织研究、协同合作、成果转化，把集体智慧和学术观点转化为移动互联网企业可操作的咨询建

议。移动互联网企业应充分利用各方面法律资源并不断加大投入，将知识产权研究成果转化为企业的核心竞争力。

三是建立完善版权交易平台，为著作权人和移动互联网企业搭建合作桥梁。版权交易平台应发挥信息量大、门类齐全、更新及时等优势，为新闻出版、影视剧改编制作等行业经营者提供市场调查、信息发布、项目推荐、投资引导、融资质押等服务，使作品的商业价值通过版权交易平台得到及时实现，同时降低企业使用版权资源的成本，促进作品著作权人与移动互联网企业的双赢。

四是司法机关应加强对于涉移动互联网新技术、新业态、新经营模式案件的调查研究，结合产业特点和技术发展趋势，在个案中合理确定网络服务提供者的注意义务，充分发挥司法的指引作用。法院应通过司法裁判协调好激励作者创作、促进移动互联网产业发展和保障公众基本文化权益之间的关系，使各利益攸关方共同受益，同时应确保法律适用标准和判赔额度标准的稳定性和可预期性，鼓励著作权人与互联网企业参考在先判例积极开展协商谈判尽早解决纠纷，使双方的矛盾得到平复，避免大量案件涌入法院造成诉讼程序延宕。

04 网约车监管研究报告

蔡雄山 徐 俊

蔡雄山 腾讯研究院法律研究中心 首席研究员

徐 俊 腾讯研究院法律研究中心 助理研究员

美国怎么监管网络“专车”？

美国对于打车软件的监管提供了很好的例子，如加州公共事业委员会创设了一种新的公司类型，称之为“交通网络公司”(transportation network company, TNC)，不允许拥有用于开展服务的车辆。在加州运行仅一个牌照；允许私家车接入，司机及车辆审核由 TNC 完成，TNC 对于司机的年龄、驾照、培训情况、背景调查、驾驶记录、保险等都有特殊要求，对于中国“专车”监管应是很好的借鉴。

1. 美国出租车行业管理规范

75 年来，美国出租车体系鲜有变化，被认为早已过时。不同的城市对于出租车的管理规范有所不同，但主要涉及以下法律规则。

1.1 市场准入（牌照）

每一座城市对于牌照数量都有配额限制。以纽约为例，公众买卖牌照是合法的，并且近来价格持续走高，已飙升到数十万美元。旧金山等城市的牌照市场价格被控制在 25 万美元左右，既保证司机有实力购买，又能够实现市政收支平衡。总体来说，出租车牌照在美国是非常昂贵的。

1.2 费率表与收费方法

每一辆出租车都被要求安装以公里计价的计量表，用于计算里程费用。具体的费率表与服务费是由每一个城市，或出租车公司所决定。一般而言，出租车司机可以获得总收入的 1/3 左右，不同的公司有所差别。出租车是由司机所有，还是租赁会影响其收入。如果司机是从公司租赁车辆，还需支付租赁费用。此外，公司还从收入中抽取一定的信用卡交易费（credit card transaction fee）。现实中这一费用经常被过度收取，比如，实际的交易费只有 2%，但是公司却要抽取 10% 之多。最后，政府还可能施加其他的特别税，比如公用事业税（public utility tax）或者机场费等。

1.3 牌照获取资质

在大多数城市中，司机若想获取出租车牌照，必须获取受雇牌照（chauffeur's license），缴纳相关费用，提交行驶记录，完成培训课程，通过英语测试以及背景调查。此外，汽车必须已上保险，并且通过车检（inspection test）。

1.4 地理限制

这里的地理限制是指出租车可以将乘客送往某一特殊区域，但不能在该区域再搭载其他乘客。

2. 美国 Uber 管理规范

Uber 在美国取得如此成功，部分原因在于出租车管理规范过于严苛，导致司机和乘客都需要付出昂贵的成本。因此，当 Uber 开始兴起时，由于缺乏管理规范，在出租车公司、政府及 Uber 之间的很多问题随之而生。以下是对 Uber 管理规范体系的概述，其中一部分是已经存在的规范，还有一部分是管理规范可能发展的方向。这一管理体系借鉴了出租车管理的模式。

目前，美国联邦没有管理 Uber 等打车软件的规范，而是由各州或者城市负责制定管理规范。现行或潜在的规范主要有：

2.1 牌照

Uber 和传统出租车在技术及其商业模式的不同导致一种全新公司的诞生，称之为“交通网络公司”（TNC），这一概念由加州公共事业委员会所创。所谓“交通网络公司”，是指通过网络平台将乘客与私家车司机联络起来提供交通服务的公司。因此，Uber 作为加州的 TNC，不适用出租车行业严苛准入标准，也无须承担高昂的成本。TNC 只需要购买一种牌照，目前价值 1000~10 000 美元不等，且在同一许可下使用该 APP 的司机并没有数量限制。

2.2 价格

因为 TNC 的技术使得准入门槛很低，所以不太可能出现像出租车那样的垄断局面。目前，政府没有出台法定的 TNC 费率表，因此它们得以自由定价，充分竞争。但是，唯一的要求是提供明确的费率表。此外，它们还可以展开促销活动，实行“分时异价”（surge pricing），即在高峰期时提高价格。

2.3 安全

TNC 对于司机的年龄、驾照、培训情况、背景调查、驾驶记录、保险等都

有特殊要求。此外，每辆车享有 100 万美元的商业责任险，所有车辆都必须满足一定的要求，并通过车检。

2.4 地域限制

美国有些城市限制 Uber 在机场接客，还有些城市要求支付机场费。那些没有为 Uber 专设公司类型的城市则彻底禁止 Uber 提供服务。

2.5 雇佣关系

Uber 司机被认为是独立承包商，但可能实际上处于兼职人员和独立承包商之间。Uber 可能需要向司机提供联邦和州的福利，但是这一领域目前发展尚不健全。

3 . Uber 相关法律问题

Uber 带来的法律问题中，有些已经通过管理规定予以解决，但尚有一些没有得到较好的处理。

3.1 牌照

Uber 曾多次收到停业警告信，指控其在没有得到牌照的情况下展开业务，但“交通网络公司”的创设催生了独立的牌照和管理规定，这一问题已经得到了解决。

3.2 安全—司机背景调查及车检

在新规出台之前，很多出租车司机及政府主张 Uber 存在安全隐患。因此，一些州通过了管理规定，要求对 Uber 司机及车辆进行调查，如上文提到的加州模式。但是，这些调查是否如宣称的那样全面仍然存在疑问。2014 年，洛杉矶和旧金山的地方检察官起诉了 Uber，诉称 Uber 就司机背景调查的声明是误导性的。

3.3 机场载客许可

出租车公司起诉 Uber，指控其未获得许可在机场载客，并使用一般乘客车道（general passenger lanes），带来了交通拥堵。在亚特兰大、波士顿、洛杉矶及其他城市中，Uber 司机都受到了类似的指控。因此，加州的旧金山机场等通过了 TNC 机场管理规定，要求 TNC 必须获得许可才能够在机场开展服务，并需要支付 10 万美金的许可费，以及按月缴纳的许可费（月许可费=每月前往或离开机场的次数×每次行程的费用 3.85 美元）。这一费用包括在乘客乘车费用之中。

3.4 计价器

2012 年，马萨诸塞州标准部门向 Uber 发送了警告停业信，因为该州不认可基于 GPS 的应用是合格的计量设备，但该机构随后撤销了该决定，允许使用 APP 作为计价器。

3.5 行程日志

因为没有向纽约出租车与大型高级轿车委员会提交电子行程日志，纽约有 5/6 的 Uber 司机被叫停服务并罚款 200 美元。Uber 纽约总经理称提交行程数据有泄露商业秘密的风险。Uber 的上诉被驳回，在上交了数据之后，Uber 得以继续开展服务。

3.6 保险

在 APP 使用的不同时段是否属于承保范围存在争议。加州创设了如下的 TNC 特别险要求。

区间 1：APP 打开，等待匹配。

TNC 需要为每人提供不低于 50 000 美元的伤亡基本险，为每一事故提供 100 000 美元的伤亡基本险，以及 30 000 美元的财产赔偿险。TNC 可以通过如

下方式满足上述要求：①司机已购买 TNC 险；②如果司机没有购买 TNC 险或者已过期，TNC 公司已购买该险；③上述二者的组合。

TNC 公司还需为 TNC 及司机提供多于 200 000 美元/事故的保险。TNC 可以通过如下方式满足上述要求：①司机已购买 TNC 险，如果 TNC 证实司机的保险能够覆盖使用汽车提供 TNC 服务的费用；②TNC 公司已购买该险；③上述二者的组合。如果 TNC 司机在区间 1 同时使用多个 TNC APP，那么承包人应根据合同条款分担相关成本，如果没有约定，则按比例分担。此外，在存在多重险种的情况下，各险种不会重叠。

当法案 AB 2293 生效后，委员会将要求所有的 TNC 公司为区间 1 内的司机提供最少 10 万美元的商业保险。

区间 2：匹配成功，但乘客尚未上车（即司机正在前往接客的途中）。

区间 3：乘客在车中尚未下车。

区间 2 和 3：TNC 公司必须提供 100 万美元的商业基本险。TNC 可以通过如下方式满足上述要求：①司机已购买 TNC 险，如果 TNC 证实司机的保险能够覆盖使用汽车提供 TNC 服务的费用；②TNC 公司已购买该险；③上述二者的组合。

区间 3：TNC 公司还应在区间 3 内向未购买保险和保险额不足的司机提供 100 万美元的赔偿。TNC 可以通过如下方式满足上述要求：①司机已购买 TNC 险，如果 TNC 证实司机的保险能够覆盖使用汽车提供 TNC 服务的费用；②TNC 公司已购买该险；③上述二者的组合。如果司机购买 TNC 险，并且其家属请求，该政策可以适用于任何区间。

3.7 反歧视

在加州，Uber 正面临一起关于歧视盲人的诉讼，因为 Uber 不允许乘客携导盲犬上车。Uber 辩称司机已经被告知要遵守所有的法律，包括《残疾法案》。

加州公共事业委员会也曾指示 Uber，如果其拒绝提供行程数据（如行程时间、载客地点等）将撤销牌照。因为这些信息可能会揭示可能的歧视特定社区的人或者残疾人的情形，而在美国这种做法是不被允许的。

3.8 税收

向 TNC 公司及司机征税是一个已经提出但尚未提供解决方案的问题。Uber 采用了类似 Apple 等其他科技公司的避税策略，即形成一个有限合伙和控股公司的国际网络。Uber 还向司机提供缴税指引。目前，由于 Uber 将司机视为独立承包商而不是员工，因此司机所承担的税负较重。一般而言，公司都需为司机支付一半的社保和医疗费用，但 Uber 无须缴纳。

3.9 是正式员工还是独立承包商？

加州劳工委员会近日认定 Uber 司机是公司员工，而不是独立的承包商。因此，Uber 被要求承担超过 4000 美金的职工费用，包括过路费、停车费、法律咨询或诉讼费以及邮费等。值得一提的是，该委员会的决定并没有法律强制力，且只适用于单个员工。Uber 主张自己是一家科技公司，只提供软件服务，将司机与乘客联系起来，而没有雇用员工。该案还将上诉，如果法院支持原判，Uber 或将开始承担司机的相关费用，并向司机提供联邦或州的福利。这一改变可能会摧毁 Uber 的商业模式，即抽取司机收入的 20%。或许一种全新的类型“非独立承包商”（dependent contractor）在未来会出现，届时 Uber 司机将享有自己的独有权利。

3.10 启示与建议

据媒体报道，交通部正在制定的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》，计划通过牌照管理，赋予网络预约出租汽车合法地位。但是其中规定：网络预约出租车经营者需获得审批资质，由设区的市级或者县级道路运输管理机构对网络预约出租汽车经营申请进行审核；禁止私家车接入；司机及车辆同样需要取得相应资质并通过交通部门审核；将网络约车平台数据库与监管机构平

台对接；禁止赢利性拼车等。

范例 1：加州监管模式

加利福尼亚是第一个将 Uber 合法化并予以规范的州。为了适应现代科技的发展，“交通网络公司”，在牌照和安全方面的管理亮点如下。

一般：* 不允许拥有用于开展服务的车辆；* 只能以实现安排好的方式搭载乘客；* 不允许以街边召车的方式搭载乘客。

许可：* 申请费为 1000 美元；* 许可有效期为 3 年；* 续期费用为 100 美元。

保险：* 必须为 7 座以下的车辆提供不低于 100 万美元的商业责任险，为 10 座以下的车辆提供 150 万美元的保险，受益人包括司机在内；* 承保范围不仅包括搭载乘客前往目的地的区间，还包括司机前往接客途中的区间；* 保险额必须能够赔偿索赔，无论司机的保险是否能够抵免某一部分的索赔；* 在司机开始提供服务之前，TNC 必须获得司机提供保险证明，包括个人险以及商业超额责任险。

司机：* TNC 必须为司机提供驾驶培训，司机在提供服务之前必须完成这些培训课程；* 司机必须持有有效的加州驾照；* 司机必须年满 21 周岁；* 每一年 TNC 都必须获得司机的驾驶记录；* 对醉驾零容忍，醉驾司机将直接被禁止提供服务，并接受调查；* 必须通过全国犯罪背景调查，包括全国性犯罪名单；* 犯以下罪者不允许提供服务：吸毒后驾驶、醉驾、诈骗、性犯罪、使用车辆犯（重）罪、造成财产损失的犯罪、盗窃、暴力或恐怖犯罪；* 犯以下罪者不允许提供服务：危险驾驶（reckless driving）、醉驾、交通肇事后逃逸以及驾照被中止或吊销的；* 司机的驾驶记录上最多只能有三项轻罪。

车辆：* 只能使用合法的小轿车、货车、小型货车、SUV、卡车、掀背式轿车、敞篷车等轻型汽车；* 车辆不能有明显改装；* 不能使用超过 20 座的汽车（在法律上被认定为是巴士）；* TNC 所使用的 APP 必须向乘客显示：①司

机的照片；②所使用车辆的照片；* 车辆应允许乘客说明是否需要一个可容纳轮椅的车辆；* 车辆应展示一致的商业外观（独特的标记或展示），足够大并且色彩分明，在白天 50 米之外能够识别。合格的商业外观包括但不限于在车门、车顶或隔板上的符号或记号；* 车辆需通过 TNC 或加州汽车修理局授权的第三方所开展的车检。

* 注：Uber 公司内的规定要求车辆满足一定的类型或年份，不同城市的要求有所不同。

范例 2：特拉华州模式

特拉华州在美国而言是一个非常特别的州：这个州虽然面积和人口都有限，但却因为有着全美对企业而言最为友好的《公司法》，而成为绝大多数美国公司的注册地。Uber，Airbnb 等以网络为基础而发展起来的分享经济大热，特拉华州的州长在斯坦福法学院以此为主题做了一个演讲。他表示特拉华州能够意识到新的商业模式不一定能够完全符合现有法律的要求，而政府对新商业模式进行响应、更新法律和监管模式是需要一个过程的。响应新商业模式并不代表着完全忽略政府责任，而是从政府的角度重新思考怎么支持新科技产业的成功和发展。具体做法例如避免将新商业模式强行置入旧有的法律监管框架、鼓励设立自律评估机制、考虑公共利益的平衡等。

在针对新的商业模式进行立法的时候，政府需要考虑的是如何权衡公共利益和立法活动的有效性。政府监管和相应立法通常是一个非常缓慢的演进过程，特拉华州为适应新商业模式的发展，所做的努力是定期审核并去除过时的法律规定。这个过程并不代表政府就完全放弃了政府职责，而是强调对于新产业和创新的回应，推动政府思考自己的定位以及如何辅助新科技行业的成功。

要做到这一点，特拉华州政府非常注重从相关行业以及了解相关市场的人员那里学习，尤其是以下几个方面。

（1）区分出分享经济中特定的商业模式，这些新的商业模式不应当由与旧

有法律完全相同的规则进行监管，应当确保监管程序不会对新模式造成过分的累赘，这对于分享经济的发展会起到负面作用。对于 Uber 和 Airbnb 等分享经济平台来说，建立在评分和投诉系统基础上的自律监管机制是一个不错的方案。对于政策制定者来说，可以同时建立一个监督机制，确保仍然对于新商业模式的发展有一定程度的管理权。

（2）鼓励分享经济平台为公众提供更多的利益，例如与不同的机构合作提供数据，而不仅仅是担心隐私合规问题。

（3）改善政府监管模式，好的政策和政治可以互相影响。政府应当推动和协助相关讨论的进行，让经济环境变得更加安全有效。数字平台上的经济模式和大的经济发展趋势是一致的，政府应当鼓励产业界发展出能够利用这种新科技和新模式的能力。

（4）网络安全是政府支持创新的过程中最大的挑战，平台和网络安全环节的弱点将会威胁商业模式和信息安全。在这一点上特拉华州的做法是与高校和研究机构合作进行研究项目，从高中就开始选拔有这方面天赋的人。

（5）对于分享经济来说，责任承担机制应当是怎样的？特拉华州州长认为应当在于各种程度的背景调查和年检，最重要的是细致和合适的监管，而这些成本最终其实都由纳税人共同承担。

（6）新型产业和经济模式发展如此之快，如何与最大的产业参与者进行对话，并为他们提供一个中间地带是很重要的。在人才培养方面，产业虽然需要更多的人才，但对于人才的早期投资（如教育和选拔）并不太情愿。特拉华州州长认为应当用数据说话，并且致力于促进雇主和教育界人士之间的对话。

专车平台与驾驶员之间是劳动关系吗？ ——基于美国加州 Uber 劳动案件的深度分析

争议裁决引发的不当借鉴

2015 年 6 月 18 日，美国加州劳动委员会（California Labor Commissioner's Office）裁定，Uber 的一名司机是该公司的雇员（Employee），而不是 Uber 公司一直主张的独立合同工（Independent Contractor）。此裁决公布之后，诸多媒体认为这一裁决将重创 Uber 公司，以 Uber 为代表的共享经济（Sharing Economy）将面临重要拐点。无独有偶，一些国家或地区的监管机构似乎也受到了裁决结果的影响，例如中国《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》（征求意见稿）第 18 条规定，网络预约出租汽车经营者与接入的驾驶员签订劳动合同，这其实忽略了不同国家劳动法之间的差异，是对加州裁决的不当解读和错误借鉴。

还原案件的来龙去脉

事件的起因是 2014 年 9 月 16 日，美国洛杉矶一位开了 8 个星期 Uber 专车的司机 Barbara Ann Berwick，在加州劳动委员会起诉 Uber 公司（Berwick v. Uber），原告主张因为 Uber 公司不承认其与公司存在雇员关系（中国称为劳动关系），她作为 Uber 的全职司机，工作时间上相当于加班却没有得到任何补偿，并且 Uber 公司拒绝支付拖欠的劳务费以及其他费用。2015 年 6 月，加州劳动委员会认为，Uber 公司有权控制 Uber 司机的工作细节，二者事实上属于雇用关系，最后裁决 Berwick 是 Uber 的雇员，Uber 需赔偿其损失和利息共计 4152.20 美元。考虑到这 4000 多美元背后可能对 Uber 的商业模式造成重大影响，Uber 随后发表声明，强调这项裁决仅具有个案约束力，而且违背了加州劳动委员会在 2012 年得出的结论，并且并非所有的劳动委员会都认定 Uber 司机是雇员，有 6 个州（佐治亚、宾夕法尼亚、科罗拉多、得克萨斯、伊利诺伊和纽约）的劳动委

员会及劳工部曾经做出司机属于独立合同工的裁定，遂决定向加州高等法院提出上诉。

加州劳动委员会的裁决大大鼓舞了正在努力争取正式员工待遇的 Uber 司机们。2015 年 9 月，加州旧金山地区法院法官 Edward Chen 在另外一起 Uber 司机是正式雇员还是独立合同工的纠纷中（O’connor et al v. Uber），判定该案为集体诉讼（Class Certification）。根据法庭文件，集体诉讼将覆盖加州超过 16 万名 Uber 司机，一旦 Uber 败诉，意味着将至少有 16 万 Uber 司机，可以依据加州劳动法（Labor Code）第 2802 条和第 351 条款，向 Uber 公司索要雇用关系期间在油气价格、车辆保养、意外损失等方面的补贴和社会保险、工伤保险、失业保险等方面的权益。更严重的是，洛杉矶地区法院的判决将可能影响美国其他地区法院的类似案件。

2015 年 9 月 15 日，Uber 公司代理律师向法院提交上诉状，声称洛杉矶地区法院允许集体诉讼的判决是一个明显的错误，请求予以撤销。

加州劳动法：如何认定雇员和独立合同工

想要明晰加州劳动委员会的裁决和集体诉讼涉及的相关争议，以及正确借鉴美国加州的经验，不仅需要检视加州劳动法律中对于雇员和独立合同工的具体规定，更需要了解中美劳动法的立法差异。

加州劳动法律中并无明确的成文法规定区分雇员和独立合同工，这就要求法庭结合具体的案情具体分析，因此相关内容主要由既有的判例组成，其中最重要的判例是加州高等法院 1989 年做出的 Borello 案，该案形成的判断规则被以后的加州法院所广泛遵守，最后演变成“Borello test”规则。

Borello test 是一个多因素的考量规则，但并非每个因素都具备相同的权重，其中最重要的考量因素是雇主是否控制和有权控制雇员工作的各项细节。在 Uber 案中，Uber 公司可以实时查看司机工作状态、可以设定条件随时终止合作，这是传统雇用的特征，但 Uber 司机可以自由选择上班的时间和工作强度，这又

是典型的独立合同工特征。因此，判断 Uber 司机是雇员还是独立合同工，还需借助一些其他的辅助因素。Borello test 提出了 11 项需要考量的因素，分别是：

①从事的服务是否与用工方的业务有差异；②是否是用工方日常业务的一部分；③是否由用工方提供工具和工作场所；④工作内容是否要求提供服务的人购买相关设施或材料；⑤工作是否需要特殊的技能；⑥工作是否通常需要用工方或者专家进行指导；⑦收入的多寡是否取决于管理技能；⑧工作时间的长短；⑨工作关系的持续时间；⑩计算报酬的方式，基于时间还是工作内容；⑪各方是否相信他们之间存在雇用关系，这个因素对关系的判断只有一定的影响，但不是重要的考量因素。

结合已经公布的法律文书和有关资料，具体到加州劳动委和地区法庭在上述两个案件中的法律分析，可以看出加州法律在区分雇员和独立合同工时具有以下特征。

第一，Borello test 是一个已经预设了立场的分析。依据加州劳动法第 3357 条，加州劳动委员会在开始评判之前，必须假设该员工是雇员。此外根据加州劳动委员会在其官网发布的法律指引，雇主承担员工是雇员，还是独立合同工的证明责任。

第二，Borello test 实际考量的因素非常多。加州劳动委员会和洛杉矶地区法院的法官不仅考虑了 Borello test 提到的 11 项标准，如该服务是否需要特定技能、是否需要提供工具和工作场所、是否是公司常规业务的一部分、管理技能和水平是否能够影响服务提供者的利润或损失等，在 O'Connor 案中，洛杉矶地区法院还从 Uber 对司机的日程安排的控制、对司机的工作路线和工作区域的控制、单方面支付报酬、使用第三方应用、司机表现是否需要符合 Uber 的要求或建议以及 Uber 是否有权无理由终止司机服务等六个方面一一进行审查。

第三，Borello test 的认定标准相当宽松。首先，Borello test 中需要审查的不是雇主对雇员的实际控制程度，而是在理论上，雇主有多大权力控制雇员的工作细节。其次，虽然考量的因素非常多，而且都必须进行逐一审查，但是却

并不要求每一个因素都能得出肯定的答案。洛杉矶地区法院在 O'Connor 案中认为达到优势证据原则判断的要求即可。在加州劳动委员会的裁决书中，Uber 公司曾主张其对 Uber 司机工作的控制程度非常之低，但加州劳动委员会援引 Borello 案法庭的认定标准，判断是否是雇员并不需要用工方对工作细节具有完全的控制，甚至是最小限度的控制（the minimal degree of control）亦无不可。

此外，美国劳动法的一些制度也需要引起我们注意。一方面，美国劳动法并不禁止多重雇佣，因此美国一个雇员可以同时有多个雇用关系，有多个雇主。另外一方面，美国劳动法适用的是“雇用自由原则”，除了一些不当解雇的规定，如种族、肤色、性别等歧视，雇主和雇员均享有比较大的自由解除雇用关系的权利。

中国和加州相关劳动法律的差异对借鉴加州经验的影响

在中国，判断是否构成雇用关系主要的法律依据是《劳动法》、《劳动合同法》以及劳动和社会保障部的《关于确立劳动关系有关事项的通知》，通过对比中国和加州的有关劳动法律，可以发现以下几大差异。

第一，从用人单位和司机主体资格的角度来看，我国劳动法律虽然不再明确禁止双重劳动关系，但也并不提倡。我国 1994 年颁布的《劳动法》对双重劳动关系持否定的态度。2008 年开始施行的《劳动合同法》对于双重劳动关系虽然不再禁止，但也并不鼓励，并且明确限制只有从事非全日制用工的劳动者才可以建立双重劳动关系。因此，在我国一个司机一般只与一个用人单位依法建立劳动关系，但从目前专车司机运营情况来看，用人单位与司机的主体资格均不具有唯一性、特定性，例如部分专车司机是有正式的用人单位，其仅在业余时间进行专车运营。另外，部分专车司机在手机中同时装了几个专车软件，可以同时接受几家平台的派活。可见，专车司机的用工方式与我国劳动法的立法取向有着一定矛盾，但这在美国却并不是大的问题。

第二，从劳动关系的考量因素来看，我国立法规定的数量较少。我国《劳

动法》和《劳动合同法》对于劳动关系没有规定认定标准，只有劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》中提出了三大标准，分别是：①用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；②用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；③劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。与美国事无巨细、面面俱到的考察因素相比，从严格适用法律的角度出发，中国法律设定的因素非常少，这意味着留给中国法官较小的发挥余地，限制其过于宽泛地认定劳动关系。

第三，从劳动关系的认定标准的宽松程度来看，我国在具体的审判实践中尺度明显更加严格。通过研究各级法院相关案例，许多判决都表明判断劳动关系是否存在，不能仅看外观上的某些特征，如订立劳动契约、穿着工作服、是否有统一标识等，更需要在本质特征上进行把握——是否建立“一方从事工作，另一方对该工作全面且持续指挥、监督，以及管理之常态关系”。有案例从财产属性和人身属性出发，考虑到用人单位与劳动者之间不存在对价关系，二者之间法律关系的成立并不是为了经济价值的交换，并且用人单位在规定的时间内不存在使用排他性命令，全面指挥劳动者的工作，从而判决用人单位和劳动者之间不存在劳动关系。在目前的专车运营实践中，专车司机获得报酬并不是因为向专车平台提供劳务，而且平台的劳动规章制度并不适用于专车司机，专车司机工作时间灵活，是否提供工作、何时提供工作完全具有自主的决定权。因此，根据我国已有司法实践中对劳动关系的认定标准，专车司机与平台公司之间属于劳动关系尚在两说之间，而加州的司法先例则明显表现出泛化认定雇用关系的倾向，在认定标准上只需达到优势证据的程度，甚至最低限度的控制也可以被认为整体上有效控制员工的工作细节，亦难怪美国劳动法律师常发感慨，“Borello test”老是问同样的问题，最后得出同样的结论（暗指最后常被认定为雇用关系）。

个案裁决不应成为普适性的监管政策

加利福尼亚是美国最先承认 Uber 合法性的州，该州进行立法创新，率先提出了“交通网络公司”概念，并将 Uber 等专车平台纳入其中，从而形成了专车监管的“加州模式”。这种模式得到了美国其他各州或地区（如科罗拉多州、华盛顿州哥伦比亚特区）的纷纷效仿，几乎成了立法范本。对其他国家而言，由于欧盟在对待专车问题上仍模糊不清，Uber 正在欧盟法院与法国、德国和西班牙三国进行角力，“加州模式”几乎是目前立法可供借鉴的唯一来源，对各国的专车监管政策产生了重要的影响。

中国的监管机构可以积极学习“加州模式”的一些成熟制度，比如将专车平台公司定义为新型的“交通网络公司”，美国对专车已经立法的州都采用了与此相同或类似的规定。然而，加州的一些做法仍有争议，不可盲目迷信，对它们的借鉴更应十分慎重，如加州劳动委员会关于 Uber 司机属于雇员的裁决结果在美国具有巨大争议，不少美国学者和律师都已撰文对加州劳动委员会的结论表达不同看法。目前 Uber 全球业务市场遍布 58 个国家和地区，仅在中国每月就能创造 10 万个工作机会，如果全球范围内的 Uber 的司机都成为公司的雇员，Uber 毫无疑问将成为美国有史以来雇员增长最快、雇员人数最多的公司。直接后果就是，Uber 将为司机支付社会保险、工伤保险、医疗保险、失业保险等费用，并且负担工作中的一些必要支出，如此巨额的福利负担，无疑会直接摧毁这家估值超过 500 亿美元的创新公司。

法律移植需要有共同的法律或社会土壤，否则很可能会“水土不服”。加州劳动委员会的裁决只具有个案效力，而在有效力的司法判决还未做出之前，中国的监管部门需要考虑中国和加州劳动法律中诸多的实质性差异，对一个只具有个案效力的争议裁决缺乏正确解读，进而仓促将其变成一项具有普遍约束力的监管政策，这样“懒惰的”监管是令人十分遗憾的，对中国正在兴起的共享经济亦或造成十分负面的影响。

英国高等法院判决网络约租车应用合法

英高等法院判决手机计费软件不属于出租车计价器

2015 年 10 月 16 日，网络约租车在伦敦迎来一场关键的法律胜利。英国高等法院（High Court）判决打车软件所依赖的智能手机不属于出租车计价器（Taximeter）。此前英国高等法院被请求对智能手机是否属于出租车计价器进行判决，因为英国《约租车法案（伦敦）》（Private Hire Vehicles（London）Act 1998）第 11 条有禁止性规定，即禁止黑色出租车（Black Cap）以外的营运车辆使用出租车计价器。而英国高等法院最终判决网络约租车公司的打车软件并没有违反该项法律。这个判决的重要意义不仅仅在于为互联网约租车公司在英国的发展清除了一项重要的法律障碍，对我国也有借鉴意义。

出租车协会起诉网络约租车违法

由于具有巨大的价格优势和便利性，网络约车迅速在伦敦地区打开市场。根据最新的统计数据，网络约车在伦敦的注册用户超过 100 万人，合作的司机也超过 1.8 万名。

2014 年 7 月 3 日，伦敦交通局发布了一份官方声明，就一系列网络约租车法律争议阐释了伦敦交通局的官方立场：包括 Uber 公司持有合法有效的伦敦地区运营执照、Uber 打车软件所使用的智能手机不属于出租车计价器等。

但是，由于引发争议的《约租车法案》第 11 条是 1998 年制定的，早于智能手机的出现，伦敦交通局为了确保自己的处理公平公正，希望英国高等法院能够就此问题做出一项决定性的、具有法律约束力的法律声明。与此同时，伦敦持证出租车司机协会（Licensed Taxi Drivers' Association, LDTA）以网络约租

车违反《约租车法案》第 11 条为由，已经在治安法院（Magistrates' Court）起诉了专车司机。

计价器问题是涉及网约车合法性的关键问题

提起网约车在世界各地引发的法律争议，人们常常会想到营业许可问题、劳动合同问题、数量和价格管制问题以及保险问题等，但智能手机软件是否属于计价器，在英国法下非常关键，甚至可以说是目前传统出租车行业挑战网约车合法性唯一可供利用的法律争议点。

原因在于，根据《网约车法案》及配套制度，伦敦市对出租车公司的资质、车辆的状况和司机的条件设置了一定的门槛，但并无数量限制规定。政府的工作在于执行和监督法律的实施，任何符合条件的企业和司机都可以向政府的交通管理部门提出申请，获得相应的执照，开展出租车经营。举例而言，2012 年 5 月，Uber 公司通过向伦敦交通局申请，就顺利获得伦敦地区的出租车经营许可。因此，纵览伦敦的监管法律，由于符合条件的网约车公司都可以获得合法的营业许可，《约租车法案》第 11 条的禁止性规定成为了唯一可能挑战网约车经营合法性的切入点。

在伦敦交通局和高等法院的听证会上，传统出租车行业一直主张所谓的“计价器”是以时间或距离（或二者兼有）为基础计算打车费用的工具，而搭载在智能手机上的打车软件也是根据时间或距离的方式计算打车费用，智能手机实质上与计价器以同样的方式在工作，所以专车打车软件所依赖的智能手机实质上属于计价器。同时，法律规定用来计费的计价器仅能安装在具有营运资格的黑色出租车上，因此，以 Uber 为代表的专车公司的行为违反了《约租车法案》第 11 条的禁止性规定。

对于传统出租车行业的这套说辞，伦敦交通局和高等法院法官并不认同。伦敦交通局认为智能手机仅仅是在专车和平台公司之间基于 GPS 信号传递地理坐

标信息，智能手机与车辆之间并不存在任何操作上或物理上的联系（Operational or Physical Connection），并且智能手机所显示的打车费用也是来自远在专车以外的服务器计算的结果，因此智能手机并没有落入《约租车法案》对计价器的定义范畴之内。高等法院的 Ouseley 法官也认为，出租车计价器与智能手机上的打车应用的计费机制是不一样的，因为计价器计费并不基于 GPS 信号，同时它也没有体现出打车应用计费所使用的其他新技术。

开放包容的监管理念

这场争议历时一年之久，目前总算告一段落，而争议的背后也折射出不少有益的监管经验，值得总结。

一方面，支持创新的监管思维。专车使用打车软件在技术上是一次飞跃。打车软件有诸多优势：第一，收费标准提前告知、费用计算透明；第二，具备导航功能且显示行驶路线，用户不用担心绕路问题；第三，价格允许浮动，在出行高峰可以通过加价的方式，吸引更多司机加入以增加供给。英国高等法院的判决在法律上清晰无误地表明了支持技术创新的态度——智能手机不是计价器，打车应用不违反法律。

另一方面，开放包容的监管理念。伦敦市政府曾表态政府的监管目标是“保持出租车行业开放和充分竞争的市场状态”，而重视打车软件和计价器的区分，体现了伦敦将网约车与出租车区别对待，网约车不纳入出租车的管理范畴之内。因此，对待网约车等互联网经济新业态，英国监管机构的态度没有停留在“口号式创新”，而是合理约束自己的权力边界——设定开放的准入标准、取消数量和价格上的限制、让市场在竞争中发挥主导作用，而有关的法律争议则交由司法机关判断。我国目前正在制定《网络约租车管理办法》，相关国际经验值得学习。

网约车监管的“伦敦模式”

英国首都伦敦市目前集中了全英国 30%以上的黑色出租车，数量大概在 2.2 万辆左右。而近两年，网约车在伦敦发展非常迅速，注册用户已经超过 100 万人，合作的司机也超过 1.8 万名。尽管英国还尚未制定全国范围内的统一网约车监管制度，但伦敦市的网约车监管政策具有很强的代表性，与美国网约车监管的“加州模式”相比也有重大不同，独树一帜，可以称得上“伦敦监管模式”。

将网约车纳入《约租车法案》管辖

伦敦政府认可的出租车分为三类：第一类是黑色出租车（Black Cap），这不是中国语境下的“黑车”，而是在伦敦地区具有出租车营业执照的出租车。黑色出租车上有机价器，可以在道路上巡游，随叫随停，但价格非常昂贵。第二类是迷你出租车（Minicap），此类出租车只能采用电话预约，行车路线和车费在订车时就已确定，即使堵车或绕路价格都不会变更，而同样的路程一般比黑色出租车要便宜 30%左右。早在 1998 年，伦敦地区就通过《约租车法案》（Private Hire Vehicles (London) Act 1998），对其进行管理。第三类是新兴的网络预约出租车，即通常说的网约车、专车，通过智能手机中的打车应用预约车辆，方便快捷，且价格最为便宜。

但从法律上看，伦敦的出租车实际只有两类：巡游出租车和约租车，这是因为针对网约车这种新事物，伦敦市并没有设立新的规范体系，而是将网约车纳入到《约租车法案》的管辖范围之内，对其一体适用已有的规则。

《约租车法案》通过立法的形式，对平台公司、车辆和司机都设置了准入门槛，符合条件后方颁发执照，准予运营。伦敦交通局（Transport for London, TFL）则是法案的执行和监督机构，下属的公共运输办公室（Public Carriage Office, PCO）专门负责处理平台公司、车辆和司机的执照申请，以及后续运

营状况的检查。

管车辆：私家车可以从事网约车营运

伦敦交通局并不禁止私家车从事网约车营运，只要符合伦敦交通局设定的以下准入门槛，私家车一样可以顺利申请到“网约车执照”（Private Hire Vehicle Licence）。

- 必须服务于私人租车出行（Carrying Passengers for Hire），且以赢利为目的，以此区别于公共服务车辆（如急救车）和单一用途的礼宾车（如只为了婚礼或葬礼而使用）。
- 车辆座位少于 9 座（包括司机）。
- 车辆按照道路交通法案（Road Traffic Act 1988）的要求购买保险。
- 机动车行驶证中车辆类型为 V5c 类。
- 车辆的大小、类型、设计须符合法律规定，以及具有安全舒适合适的车况，所以必须通过指定检测中心进行车检，检测内容涵盖引擎、车灯和座椅等 15 个方面。
- 年检要求。
- 车辆不得有大的改装。
- 车辆不得使用任何可能会导致误认为其是出租车（London Cab）的设计和外观。
- 安装专门的牌照（Plate）以做识别。
- 执照有效期为 12 个月，而且从执照授予之日起，网约车免收交通拥堵费（Congestion Charge Exemption）。

管平台：无接入车辆数量限制

在伦敦，任何公司，不论是有限责任公司、合伙企业还是个体经营者，如果想从事网约车的运营，即通过一个数字化平台接受和分配来自乘客的网约车预定请求，都可以向伦敦交通局申请“约租车经营者执照”（London PHV Operator's Licence）。“约租车经营者执照”分为两类：一类是“小执照”（Small Operator's Licence），最多只能为 2 辆约租车提供服务；另一类是“标准执照”（Standard Operator's Licence），伦敦交通局对于持有此类执照的经营者，没有接入车辆的限制。至于授予执照的条件，关键看申请人是否合适而且正确（Fit and Proper），具体的一些条件如下：

- 性质上必须是一个预订平台，任务仅在于处理预订网约车的订单申请和接单。
- 严禁以街边召车（Touting）的方式开展营运，违者甚至构成犯罪。
- 申请人的公司名称和宣传广告中，不得使用出租车（taxi、cab）等令人误解的用语。
- 在伦敦至少有一个运营中心，可以是一个办公室、一个工作单位甚至家庭所在地。
- 拥有建筑使用许可证（Planning Permission）。
- 有固定电话号码。
- 商誉良好，公司无破产等负面信息，公司管理层也无不称职之处。

如果顺利申请到平台执照，有效期一般为 5 年。

管司机：身体健康，身家清白

网约车司机需要事先获得伦敦交通局颁发的“网约车司机执照”（London PHV Driver's Licence），申请的条件包括：

- 申请时必须年满 21 岁，但没有年龄上限的要求。
- 必须持有英国驾驶执照及车辆牌照办事处（Driver and Vehicle Licensing Agency, DVLA）、北爱尔兰或欧洲经济区（European Economic Area, EEA）的有效驾照，且具有 3 年以上驾龄。
- 申请人必须有权在英国合法生活和工作。
- 必须具有良好的品行，为此申请司机需要通过一个“强化版”的犯罪记录审查。
- 身体健康，达到 DVLA 2 级分类的医学标准，这意味着申请人必须通过专业的医学检查，而且检查医生可以查询到申请人过往所有病史。
- 通过由专业机构主持的地理能力评估，包括看地图和规划路线的能力。
- 无道路违法记录和其他犯罪记录，包括不能有任何主要的暴力犯罪（如谋杀、拐卖儿童等）、不能有严重的性犯罪记录（不论年龄大小）、10 年以内不能有超过一项的犯罪记录以及不在任何个人安保机构的禁止名单之列（Individual Safeguarding Agency's barred list）。

此外，司机在营运时，伦敦交通局也有一些要求，主要集中在佩戴徽章和帮助残疾人方面。比如必须在显眼位置佩戴专门的网约车司机徽章，必须允许导航犬等上车，有足够的空间和设施可以安放残疾人轮椅等。

保险：平台与司机都有保险义务

伦敦交通局对于网约车的保险要求主要有两个：一个是平台公司需要购买公共责任险（Public Liability Insurance），承保范围为公共责任风险，是为了应对一些公共突发事件，承保金额为 500 万英镑；另外一个是有偿租车保险（Hire and Reward Insurance），网约车司机在营运之前需要购买此类保险，该保险承保范围较广，不仅包括司机与乘客的安全，还包括车辆的安全，承保金额也是 500

万英镑。

特征和启示：区分管理、无数量管控、政府与平台合作监管

与世界各地其他地区的网约车监管政策相比较，伦敦的监管政策未必是最创新的，但却可能是最开放的，总结发现，网约车监管的“伦敦模式”具有以下特点。

第一，网约车不是出租车，不纳入出租车管理范畴。一方面，虽然和出租车一样也需要申请执照方能运营，但网约车平台公司、车辆和司机拿到的是专门的约租车执照，并不是出租车经营执照，而且申请条件也有诸多不同；另一方面，伦敦交通局规定网约车平台在广告宣传中不得使用出租车等字眼，网约车也不得使用会使人误解为出租车的标识，至于网约车司机，则需要在显眼位置佩戴网约车司机徽章。种种规定，都体现了监管者将网约车与出租车区分管理。

第二，不对网约车数量加以限制。与世界其他地方监管制度不同，“伦敦模式”最开放之处莫过于对从事出租客运的车辆不加以数量限制。没有出租车经营牌照的数量管控，也没有天价的牌照购买或转让费用，任何符合条件的公司只要能申请到“约租车经营者标准执照”（Standard Operator's Licence），就可以没有接入车辆的限制。

第三，“政府监管平台，平台约束司机”的合作监管模式。虽然监管机构对于平台公司、车辆和司机都设置了相应的准入门槛，但是在获得营业执照之后，如何对它们进行监管，伦敦市颇有心得，其秘诀在于采纳“政府监管平台，平台约束司机”的监管模式。网约车的车辆和司机数量众多，政府对其运营——监管负担过重，因此伦敦交通局把监管重点放在了网约车平台公司身上。伦敦交通局设有专门的检查专员，每年不定期对平台公司进行合规检查（Compliance Inspection），检查内容涵盖平台公司是否购买了保险、车辆和司机信息是否正确，甚至包括乘客遗落财物的处理情况等信息。所以，伦敦交通局只需要数十名职员，就能完成大伦敦地区（Greater London）所有的出租车和网约车的管理任务。

专车在中国香港的发展现状

中国香港出租车行业的管理现状：牌照制度、划区经营

中国香港目前共有出租车（在中国香港俗称“的士”）1.8万多辆，每天载客量约130万人次，占中国香港公共交通日载客总量的12%左右¹。中国香港出租车行业由中国香港交通咨询委员会、运输署、环境运输与工务局、环保署、警务处等政府部门共同管理。

中国香港对出租车行业管理的法规主要有：《道路交通（公共服务车辆）规例》、《道路交通（车辆登记及领牌）规例》、《汽车保险（第三者）条例》、《道路交通（安全装备）规例》、《道路交通（交通管制）规例》等。

根据以上法规，中国香港出租车实施统一管理：统一发放的士司机驾照、统一确定的士收费价格²、统一规定的士车型、统一划定经营范围和车站³。

专车在中国香港的发展现状：快速发展，遭遇监管

2013年10月，快的打车进入中国香港。2014年年初，Uber在中国香港开展服务。2015年7月，滴滴快的宣布将在中国香港推出“专车”服务。截至2015

1 中国香港有18 138辆的士，包括15 250辆市区的士（红色）、2 838辆新界的士（绿色）和50辆大屿山的士（蓝色）。

2 中国香港的士收费，是根据《道路交通（公共服务车辆）规例》所指明的收费率计算。每辆的士均装有计程表（俗称「米表」），按的士被租用时所行驶的车程及等候时间而计算车费。米表上所显示的车费币值为港币。乘客须依法按照米表所显示的金额缴付的士车费，并按情况另付规定的附加费用。

3 中国香港不同类型的的士有其指定的经营范围。市区的士可在中国香港大部分地方行驶（东涌道及南大屿山的道路除外）。新界的士主要在新界东北部（沙田以北）及西北部（荃湾以北）营运。大屿山的士只可在大屿山（愉景湾除外）及赤鱲角行驶。所有的士均可在香港国际机场及中国香港迪斯尼乐园提供服务。

年 7 月，快的在中国香港每天订单量超过 2 万，Uber 在中国香港拥有超过 300 辆私家车。

2015 年上半年，已有 29 名使用打车软件的司机遭到检控。2015 年 8 月 11 日，中国香港警方突袭 Uber 中国香港办公室，并以“非法载客”为由逮捕了 5 名司机。

不过专车合法性问题在中国香港暂时搁置。中国香港律政司司长袁国强 8 月 17 日表示，现阶段仍未决定是否对 Uber 提出检控。此外，中国香港城市交通咨询委员会已经公布同意中国香港特区政府用两年时间开展《公共交通策略研究》有关的士服务的《角色定位检视》，其中涉及 Uber 专车服务平台，将重点探讨 Uber 在中国香港的合法性。

专车在中国香港遭遇的法律挑战

（1）大部分私家车从事有偿载客营运缺乏牌照。

中国香港法律规定，没有出租车牌照的私家车出租给别人或有偿载客属于违法。初次违反要罚款 5000 港元、判处监禁 3 个月、吊销牌照 3 个月。此种车辆被称为“白牌车”。目前在中国香港营运的专车公司，都有部分兼职司机，在没有出租车营运执照的情形下以私家车开展营运。

截至 2015 年 7 月 31 日，中国香港交通运输署统计，中国香港目前获发出租汽车许可证的私家车共有 884 辆，现时出租汽车许可证分为酒店服务、旅游服务、豪华、过境私家服务等五个类别，有关许可证的申请必须由私家车的登记车主提出，遴选委员会审视申请时考虑相关法例、运输政策、公共交通服务水平等因素后，向署长做出建议。总体而言，申请条件比较严格，颁发的数量也较少。

（2）营运车辆需投保第三者保险。

中国香港《汽车保险（第三者）条例》，任何人若没有为营运汽车购买第三

者保险，即属违法，可判罚款 10 000 元及监禁 12 个月，并吊销驾驶执照 12 个月至 3 年不等。很多私家车从事出租载客取酬，但没有第三者保险。中国香港保险业联会一般保险总会主席余健南指出，保险公司不会为非法营运车辆第三者责任做出任何赔偿，亦暂时未见有中国香港保险公司专车推出新车险。

（3）折扣揽客违反现行付费法律。

中国香港《道路交通（公共服务车辆）规例》规定，乘客必须按照计价器所显示的金额支付车费，出租车司机、其代表或看来是代表该司机行事的人不得主动提供车费折扣，诱使乘客使用其车辆，违例者最高可被罚款 1 万港元及监禁 6 个月。目前在中国香港的专车公司对司机和乘客都有折扣补贴或现金奖励。

专车公司认为，专车公司是互联网公司，并不是出租车公司，也不会“代表司机”，因此并未违法；同时解释提供的现金回赠是“使用打车软件的回赠”，而非打车的回赠。由于车费折扣的问题过于敏感，不少打车软件放弃直接现金补贴，而是改用如星巴克礼券、超市礼券乃至其他服务消费券等方式以规避法律。

新加坡监管新规不影响专车主要业务

新加坡打车软件监管新规只针对出租车预约业务

2015 年 5 月 12 日，新加坡国会通过《第三方出租车预约服务提供商法案》（Third-Party Taxi Booking Service Providers Act 2015），该法案及其配套规则于 2015 年 9 月 1 日已经正式生效。此外，新加坡陆路交通局（Land Transport Authority）也发布一份工作纪要，对申请“第三方出租车预约服务提供商执照”提出了一些重要的条件。总体而言，这一法案只针对出租车预约业务，不会影响到专车公司主要业务（经济车型和高端车型专车预约服务）的开展。

出台背景：第三方打车预约服务发展迅速

在新加坡，主要的出租车公司有六家（如 MoobiTaxi、GrabTaxi、Easy Taxi 等），每家公司都有自己的叫车软件，乘客可以下载并预约出租车。与此同时，随着互联网专车公司（如滴滴和 Uber）开始进入新加坡，它们不仅从事专车预约服务，也可以预约传统的出租车。目前，以专车公司为代表的第三方打车服务提供商已经占据了新加坡出租车预约服务的 4%，并且这个数字正在快速增长。新加坡此次制定的新法案，主要就是规范此类第三方预约服务提供商，并且只针对它们的出租车预约业务。

主要内容：具备出租车执照、保护隐私安全等

法案规定，任何第三方出租车预约服务提供商，只要接入的出租车数量超过 20 辆，想要在新加坡继续合法运营，就必须到陆路交通局注册。交通局将会从申请者的财务状况、业务经验、预约服务需求和注册类别等方面考量申请者的注册请求，主体的申请条件包括：

（1）接入平台的车辆必须具有出租车牌照，司机必须持有出租车司机职业执照（Taxi Driver's Vocational Licence）。

（2）为了保证公共交通的公平性，不允许以竞价（Bidding）和预付小费（Pre-trip Tipping）的方式预约车辆，而且使用第三方预约服务的预约费不能高于现有出租车公司所实施的费用。

（3）搭乘过程中的起步费、里程、时间和预约费等所有收费和附加费，司机必须事先向乘客说明。

（4）预约出租车不需要提前告知司机目的地。

（5）遵守新加坡个人信息保护法律，比如个人数据保护法案（Personal Data Protection Act 2012），保护乘客隐私的安全。

（6）如果乘客通过平台预约出租车，预约平台只能安排出租车和具有出租

车司机执照的司机。

(7) 如果服务提供商还提供非出租车预约服务，它必须在打车软件上清楚地区分非出租车预约和出租车预约（比如设置不同的选项按钮）。

此外，提供商注册成功，资质证书（Certificate of Registration）有效期为 3 年，3 年之后需要缴纳 200 新元的展期费。陆路交通局还规定所有第三方打车预约服务商要提供失物招领、咨询以及投诉处理等基本的客服。

法案监管对象非常局限，专车公司主要业务仍可运营

首先，法案并不只针对新兴的专车公司的打车软件。法案的监管对象是租车预约服务的提供商，而大部分的私人租车公司都有自己的预约渠道，如电话、网络或者移动应用，甚至新加坡政府还专门推出过一款官方的打车软件，这些预约渠道都受到法案的规制。

其次，专车公司仅有出租车预约业务会受到新法案的影响。两类主体不是法案监管的对象：一是出租车公司，因为出租车公司已经具有营业执照，并且受到严格监管；二是只从事非出租车业务的第三方提供商，如只经营私人豪华轿车服务的租车公司。而对同时从事出租车和非出租车预约服务的专车公司，比如滴滴和 Uber，仅仅意味着如果想继续从事出租车预约服务，必须去陆路交通局注册，它们的经济型车和高端车租赁业务并不受影响。

最后，专车公司在新加坡合法经营，专车司机也无须专门执照。专车公司主要的业务并不是提供出租车的预约服务，而是专车（Chauffeured Vehicle）的预约租车服务。在新加坡，新加坡道路交通法（Road Traffic Act）允许专车从事出租客运，虽然也规定了一些限制，比如只能通过预约的方式接客，不能在路上巡游、也不能在出租车候车点载客。此外，私家车司机从事专车服务也不需要申请专门的执照。因此，总体而言，新法案生效之后，专车公司在新加坡的经营不会受到大的冲击，这也体现了新加坡政府为科技创新和共享经济创造了宽松的监管环境。

05 涉网络商标侵权案件的调研报告

李 颖 姜琨琨

李 颖 北京市海淀区人民法院中关村法庭庭长

姜琨琨 北京市海淀区人民法院中关村法庭法官

为进一步加大知识产权保护力度，解决围绕电子商务、“互联网+”而日益凸显的网络商标侵权问题，海淀法院开展此次调研。本次调研立足海淀区国家高新技术产业示范区、核心区的区位优势，着眼“大众创业、万众创新”背景下创业者商标侵权风险的预防，在对辖区内五年来涉网络商标侵权案件进行梳理的基础上，通过数据统计、资料分析、调查走访、专题研讨会等方法，意图总结网络商标侵权现状、特点、原因、发展趋势及类型化问题，以统一司法尺度，为健全网络法制环境、推进互联网产业健康发展、进一步提升核心区经济软实力提供有力的司法保障。

1. 涉网商标侵权案件审理情况综述

1.1 收结案情况

据统计，2010年12月21日至2015年12月20日五年¹间，海淀法院新收商标侵权案件共计670件，其中涉网络商标侵权案件121件，占全部商标侵权

¹本次调研以海淀法院电子案件信息管理系统数据为采集样本，数据采集区间为2010年12月21日至2015年12月20日。

案件的 18.1%。从数量上看，该类案件总量并不大，但呈现出逐年上涨的趋势，特别是自 2015 年以来，受立案登记制及国家推进“互联网+”战略的影响，该类案件数量增长明显。照此趋势，可以预见，在未来相当长的时期内，涉网商标侵权案件数量将继续保持持续增长的态势，如图 4-1 所示。

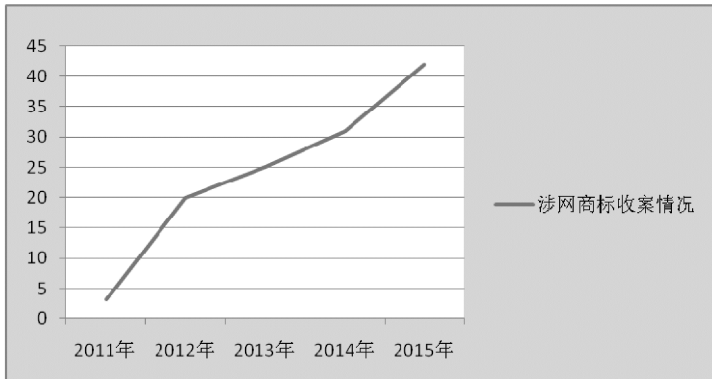


图 4-1 2011—2015 年海法院涉网商标侵权案件年收案情况统计图 (单位: 件)

在新收的 121 件案件中，截至 2015 年 12 月 20 日，已审结案件达 94 件。其中，以判决方式结案 41 件，判决率为 43.6%；撤诉 31 件，调解 15 件，调撤率 48.9%；其他方式（包括裁定驳回起诉、移送等）结案 7 件。相较同期涉网著作权案件 25.3% 的判决率、69.2% 的调撤率而言，涉网商标案件呈现出判决率高、调撤率低的特点，如图 4-2 所示。

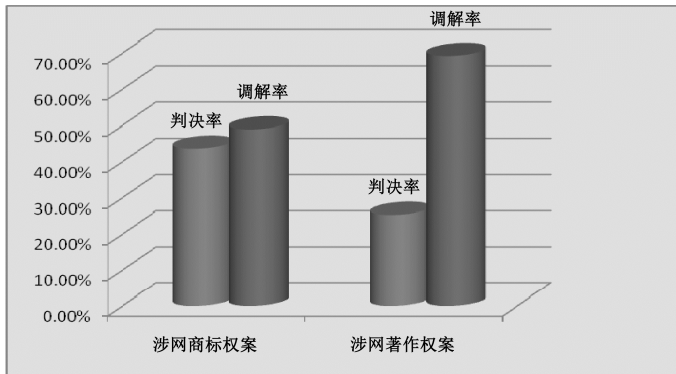


图 4-2 涉网商标权案件及涉网著作权案件的判决率、调解率比例图

1.2 案件类型

依据客体的不同，涉网商标侵权案件可分为：网站及 PC 端软件产品使用他人商标²引发的侵权案件；以他人商标为关键词进行搜索引擎竞价排名³引发的侵权案件；APP 应用名称引发的侵权案件；电子商务平台中商家使用他人商标引发的侵权案件；将他人商标作为手机游戏名称、游戏元素引发的侵权案件。五类商标侵权案件所占比重如图 4-3 所示。

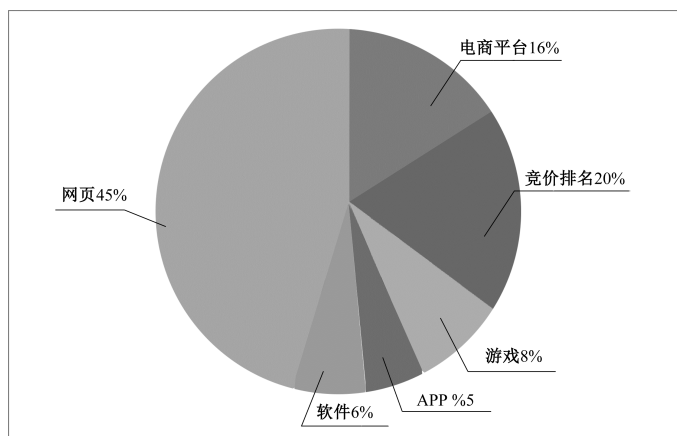


图 4-3 案件类型分布图

在上述案件中，网站、搜索引擎竞价排名、电子商务平台商标侵权案件占全部涉网商标侵权案件的 81%，而涉及游戏、APP 软件等近年新出现的案件类型，数量则相对较少。后者由于涉及软件类别与注册商标是否属于相同或类似商品、服务的判断、网络作为必要的手段等因素的考量，案件审理结果往往事关相关软件、APP 的前期投入和已有商誉的积累，能否继续使用商标将直接影

2 网站使用他人商标的表现方式各异，包括将他人商标作为网站名称、在网站标题及网页描述中使用他人商标进行宣传、将他人商标注册作为域名进行使用等行为。而 PC 端软件使用他人商标的行为主要表现为软件产品使用了与他人商标相同或近似的名称。

3 搜索引擎竞价排名又称关键词推广，均为搜索引擎服务商推出的通过人为改变自然搜索结果排序而使对关键词出价更高的经营者排在搜索界面更靠前位置的商业模式，如目前百度加 V 推广、搜狗推广等。

响产品的市场占有率与消费者的认知情况，加之个案中又经常存在商标抢注等问题，因此该类案件对法官的法律适用水平要求较高，审理结果亦备受各界关注。2014 年海淀法院审结的新浪拍客 APP 被诉商标侵权案⁴及 2015 年的滴滴打车 APP 被诉商标侵权案⁵即属此类情况。而同时期发生的“为为网”、“陆金所”、合拍等商标侵权案件，则凸显打着知名商标旗号仿冒、傍名牌的乱象，折射出 APP 市场商标抢滩情况的严重性。2015 年海淀法院受理的小米公司诉华忠公司小米 e 贷⁶、珙利金融公司小米贷⁷侵犯商标权二案，更折射出互联网金融时代的商标乱象。

1.3 涉诉主体

统计发现，该类案件所涉被告，不仅包括百度、搜狗、淘宝、京东、新浪等知名企业，不少新兴互联网企业如小桔公司、优个网、买啦网、窝窝团、糯米网等亦在其中，有的甚至数次成为被告。值得注意的是，一些互联网企业日前开始“反客为主”，作为原告发起针对其他互联网企业的商标侵权诉讼。此外，随着企业的发展壮大及国内外知名度的提升，以“小米”为宣传噱头的手机 APP 及 P2P 金融平台等商标侵权问题增多，小米公司也就此向法院提起了数个诉讼。

2. 涉网商标侵权案件的突出特点及原因分析

2.1 案件增长速度较快，商标资源争夺日益激烈

近年来，涉网商标侵权案件的数量正逐年递增，从目前来看，该类案件增长率已远超线下的传统商标侵权案件。其中，因网络域名引发的商标侵权纠纷

4 (2014) 海民初字第 14715 号民事判决书，二审生效。

5 (2014) 海民初字第 21033 号民事判决书，一审生效。

6 (2015) 海民(知)初字第 36304 号案件，尚在一审审理中。

7 (2015) 海民(知)初字第 36605 号案件，尚在一审审理中。

时有发生⁸，而电子商务平台、搜索引擎关键词引发的商标侵权案件也不时出现。随着移动互联网的普及，APP应用名称与他人注册商标之间的争议也日益多发，这些均凸显出互联网企业之间商标资源的争夺日趋白热化。就此，我们认为，原因主要有五个方面。

（1）互联网空前繁荣的背后，隐藏着巨大的商标侵权风险。2014年以来，移动互联网迅猛发展，网络用户对手机APP的依赖程度逐渐加深，APP网络化生活已成为都市年轻人的生活常态。在“大众创新，万众创业”的号召下，很多创业者认为，移动互联网时代创业最好的选择就是做一款好的APP，而在商业营销过程中，一款APP能否站稳市场，关键一环就是给APP取一个闪亮、抓人、令人过目不忘的名字。而在一拥而上选取热门词汇命名的背景下，巧合重名、善意使用、恶意攀附等情况都可能发生。在关键词搜索、电子商务大发展的背后，激烈的市场竞争也导致意在争抢市场份额的商标侵权行为屡见不鲜。

（2）商标固有的指示和宣传功能恰好符合互联网企业抓取眼球、扩大宣传的需求。随着“互联网+”行动的推进，更多企业将业务从线下发展到线上，依托互联网开展经营的商业模式不断增多。而商标固有的指示和宣传功能恰好符合企业抓取用户眼球、扩大产品宣传的需求，在商业利益的巨大驱动下，通过域名注册、电商仿冒、攀附商标等进行不正当竞争的侵权行为大幅增加。

（3）新兴企业法律意识淡薄，缺少品牌意识，为赚快钱不惜商标侵权。创业门槛的降低、互联网造富效应的吸引，使得越来越多的人加入到创业的洪流之中，但这些处于新兴、草创阶段的中小企业普遍缺乏商标意识，导致自己的商标保护处于“裸奔”状态，侵权风险加大。同时，一些创业者为追求短期效益，抓取用户眼球、搭便车、赚快钱，不惜采用攀附、模仿他人商标等非法手段开拓市场，并因此陷入商标侵权的泥沼而不自知。这种商标品牌和法律意识的缺乏，也是造成该类纠纷数量普遍增多的重要原因。

8 如（2013）海民初字第7019号民事判决书，二审生效。

(4) 抢注商标、待价而沽的情况增多,“商标围猎者”动作频频。很多域名、商标投资者为了获取巨额经济利益而非自己使用,盯着热门、常用、高频词汇注册了不少商标或者与知名商标相同的域名,待价而沽,伺机提起侵权之诉,意图以商标侵权来围猎、勒索缺少法律经验的互联网企业,造成经过使用具有一定知名度但尚未注册商标的 APP 应用名称,受到了更多要求撤销商标或起诉侵权的威胁⁹。

(5) 商标侵权与否的界限不清晰,争议难以协商解决,只能诉至法院。有的商标权利人秉持“符号的名教”¹⁰观点,误认为只要注册了商标,一旦他人的商品和服务上使用了与其相同的符号或标记就构成商标侵权,但事实并非如此,有些使用属于非商标意义上的使用,并不构成商标侵权。而有时,人们对商标近似或商品、服务类似的认定也会发生分歧,商标侵权与否的界限并不清晰,当事人难以自行协商解决而只能诉至法院,由此也导致网络商标侵权案件数量的增多。

2.2 案件调解难度较大,通过判决确定权利边界的比例高

相较传统线下商标侵权案件,网络商标侵权案件的调解难度普遍较大,大部分案件需要以判决方式定纷止争,双方更希望通过刚性裁判而非柔性的调解来界定侵权与否的边界。之所以出现这种情况,原因主要有:

(1) 涉网案件总体法律问题较为复杂,当事人难以对结果稳定预期。如关键词竞价是否构成商标性使用、APP 应用名称的服务类别如何判断、团购网站是否尽到注意义务并及时采取必要措施等问题较为专业,对于是否构成侵权、侵权责任如何承担发挥了重要影响,往往需要运用专业司法技术来明确双方权

9 如 2015 年“微信”商标异议复审一案广受社会关注。微信 APP 虽然坐拥 11 亿用户,但创博亚太(山东)公司在 2010 年 11 月率先在第 38 类计算机终端通信服务类别上注册了“微信”商标,该案一审法院以社会公共利益为由驳回了创博亚太(山东)公司的起诉,目前仍在二审审理中。2014 年年底,“陌陌”在向美国证券交易委员会(SEC)递交 IPO 申请之际,杭州一家婚恋交友网站以其在第 45 类“社交陪伴、交友服务”上注册“陌陌”商标为由,将陌陌科技公司告上法庭。此外,以女性健康为主打的“西柚”APP 也因接到他人主张商标侵权的律师函,而将应用名称改为了“美柚”。

10 李琛. 名教与商标保护[J]. 电子知识产权, 2005 年第 5 期。

利和行为边界，而双方对此又缺乏笃定的预期，为追求各自利益最大化，互不妥协，宁愿等待判决也不愿通过调解解决问题。

(2) 商标指示商品和服务来源，对商业利益及经营策略影响巨大。在网络环境下，商品、服务在全球范围内广泛流通。商标的权属认定、侵权构成、损害赔偿等问题，不仅涉及前期商业投入能否收回、市场占有份额的变化，更涉及双方商业策略的安排及市场和相关公众对双方商誉的是非评价。因此，在巨额商业利益的诱惑下，即便发生纠纷，双方亦不会轻易放弃业已占有的商标资源，而更倾向于厮杀到底、背水一战。

(3) 网络侵权成本低、收益高，经济计算使得当事人愿意“以时间换市场”。网络商标侵权行为的隐蔽性强、成本低，被发现并被追究责任的比例较低，而与之相反，侵权收益却很高；且由于诉讼时间较长，较之调解后需立即停止侵权、赔偿损失而言，侵权者更希望通过时间上的拖延以获取更多的法外利益。这种情况在手机游戏、团购、APP 侵权等案件中表现得尤其突出¹¹，较低的成本和高额的获利预期，使得侵权人不愿调解，更愿意经历一、二审而获取侵权红利。这更凸显了网络商标侵权案件中，诉前、诉中行为保全的重要性。

2.3 仿冒行为表现多样，C2C、O2O 商业模式中纠纷多发

与传统线下交易在商品或服务包装上使用商标不同，网络商标使用行为呈现多样化、类型化特点，在网站、PC 端软件、搜索引擎、电子商务平台、手机 APP、游戏中均有商标侵权案件的发生。近年来，涉及 C2C¹²、O2O¹³商业模式

11 游戏产业目前在我国发展迅速，据 2015 年 7 月份中国音像与数字出版协会游戏出版工作委员会发布的《中国游戏产业报告》显示，2015 年上半年我国游戏市场的实际销售收入达 496.2 亿元，游戏用户数达 4 亿。游戏的开发成本高，而山寨游戏成本则极低。据悉，研发团队开发一款游戏往往耗时费力，开发费用通常达千万元，而山寨一款游戏的成本仅为开发成本的零头，得到的利润却可能是山寨成本的多倍之多。商标侵权行为多持续一天就意味着更多的收入，故涉及网络游戏的案件很少能调解。而对于团购中的商标侵权而言，具有时效性强、体量较大的特点，晚下线一天的收益就非常可观。

12 C2C 即个人与个人之间的电子商务模式，典型的如淘宝网、拍拍网、易趣网等，个人可以在其上开设店铺，向其他个人消费者提供商品或服务。

的案件数量增加明显，具体表现为第三方销售平台中的商标使用行为，如在淘宝、窝窝团等团购网站、APP 应用平台中的商标使用行为。而涉及 B2C¹⁴、B2B¹⁵ 模式的商标侵权案件则相对较少。究其原因，一方面，网络商标使用形态与同一时期网络技术及网络产品的发展密不可分，某一新产品或服务的出现和上线运行，必然伴随着相应的商标使用行为，而某些商业模式本身的特点、参与主体、行为方式、信誉程度，决定了其商标侵权的风险相对较高，由此导致一定时期内该种商业模式中的商标侵权案件较为多发。另一方面，在 C2C、O2O 商业模式中，市场准入门槛较低，个人、小型企业多采用该种模式，而该类群体的商标意识、法律意识显然较差，商家众多而平台的注意义务有限，导致商标仿冒、销售假冒商标商品的纠纷多发。而在 B2C、B2B 模式下，商家准入的审核和日常监管则更为严格，商标侵权行为相比之下自然较少发生。

2.4 新类型案件不断出现，执法尺度亟待统一

随着“互联网+”战略的提出，大批创业者纷纷加入竞争本就激烈的互联网行业中。商业模式的线上“新玩法”，使得 APP 名称、游戏侵权等新类型案件层出不穷，给法官提出了更多法律适用上的挑战。这类纠纷的妥善处理，要求法官不仅要遵循传统的商标侵权构成理论，还必须充分考虑“互联网+”背景对传统商标分类制度的冲击，案件审理难度较大，司法裁判规则的确立对处理同类型案件也具有较强示范作用。而涉及搜索引擎竞价排名、电子商务平台商标侵权的案件，虽已争论多年，但学界和司法界对搜索引擎关键词推广服务的性质、初始混淆规则、间接侵权的认定标准等仍存在争议，导致实践中执法尺度

13 O2O 模式指将线下的商务机会与互联网结合，让互联网成为线下交易的平台。早期的 O2O 模式如团购网站，与 B2C、C2C 不同，O2O 模式更侧重于服务性消费，如餐饮、电影、美容、旅游等，而 B2C 及 C2C 则更侧重于购物。此外，O2O 的消费者到现场获得服务，涉及客流，而后者则等货上门，涉及物流。

14 B2C 模式即“商对客”的电子商务模式，即企业直接面向消费者销售产品和服务的商业零售模式。这种形式的电子商务一般以网络零售业为主，主要借助于 Internet 开展在线销售活动。如京东商城、唯品会、苏宁易购、当当等即采用该种模式。

15 B2B 是指进行电子商务交易的供需双方都是商家（或公司），它们使用互联网的技术或各种商务网络平台，完成商务交易的过程。

不一的情况时有发生，亟待进一步研究和解决。

2.5 牵涉领域广泛，游戏及网络金融领域侵权问题凸显

网络商标侵权案件所涉领域范围较广，不仅包括日常生活中的购物、娱乐、旅游、美食等领域，亦开始涉及理财、融资、信贷等金融领域。2015 年以来，海淀法院受理了多起涉及网络游戏仿冒、侵犯商标权及不正当竞争的案件¹⁶，由此可以预测，游戏产业日后可能成为侵权案件的重灾区。而自 2014 年上海陆家嘴金融交易所被他人苹果 APP store 中仿冒“占坑”引发商标纠纷以来，2015 年海淀法院也受理了两起涉及互联网金融理财的 APP 应用名称仿冒“小米”商标的案件¹⁷。与生活类 APP 不同，金融类 APP 借助互联网互通互联、资金周转速度快、面向人群庞大等特点，短时间内可以迅速吸纳散户资金，一旦发生商标侵权仿冒，极易引发群体性纠纷和金融风险，必须加以重视。

2.6 法定赔偿确定判赔数额比例较高，诉讼禁令适用率低

调研发现，在网络商标侵权案件中对被告侵权判赔数额的确定问题上，海淀法院有高达 97% 的案件，是通过法定赔偿方式确定的，且判赔数额普遍不高，多数为 5 万元以上 20 万元以下，少量案件仅判赔几千元。在这些案件中，有个别案件，因商标权人申请进行了证据保全，法院调取了侵权人的支付宝交易数据、淘宝销售信息，确定了高达数百万元的损害赔偿额¹⁸。这充分显示了网络商标侵权案件中，法院在损害赔偿数额上的确定方面存在一定的困难，而正是因为原告的举证不能或怠于举证，才导致法院不得不大量适用法定赔偿方法，这

16 如（2013）海民初字第 27744 号民事判决书所涉“口袋梦幻”游戏侵害著作权、商标权及不正当竞争纠纷，正在一审审理中的（2015）海民（知）初字第 18558 号威尔乌集团起诉中清龙图公司、莉莉丝公司“刀塔传奇”游戏侵犯商标权及不正当竞争案等。

17 （2015）海民（知）初字第 36304 号、第 36605 号案件，尚在一审审理中。

18 通过对我院近五年来商标侵权案件判决的统计，我们发现仅有一起案件，法院因调取到了被告的支付宝交易数据，认为涉案侵权行为给被告带来的非法获利及给原告造成的经济损失应远超原告的索赔数额，全额支持原告的诉讼请求，判决被告赔偿经济损失及合理支出 200 万元。参见（2010）海民初字第 1438 号民事判决书，二审维持原判。

也凸显了原告在特定情况下申请法院进行调查取证的必要性。调研发现,在此类案件中,申请法院颁布诉讼禁令裁定被告先行停止商标侵权行为的案件数量仅为2件,法院颁发禁令的仅为1件,原告消极申请禁令的态度以及法官对禁令颁布的过于审慎,加上判赔数额较低而难于弥补权利人损失或惩戒侵权人,也在客观上纵容了网络商标侵权的泛滥。

3. 涉网商标侵权案件的突出法律问题

通过对涉网商标侵权案件的类型化研究和梳理,我们认为以下问题有待进一步研究和探讨。

3.1 类型化侵权行为所涉法律问题

3.1.1 APP应用名称商标侵权问题

APP应用名称的商标侵权行为,主要表现为在相同或类似服务上使用与他人注册商标相同或近似的应用名称,并存在致使相关公众发生混淆的可能性。APP应用名称作为经营者意在区别商品或服务来源的标识,容易被不当利用而构成商标侵权。调研发现,目前此类案件所涉法律争议主要集中在以下方面。

(1) 商标性使用问题。

在APP应用名称被诉商标侵权案件中,经营者对应用名称的使用是否属于商标性使用问题,往往成为双方的争议焦点。应用名称并非自始、当然具有区分服务来源的作用,因其含义不同,往往存在有无显著性及显著性强弱的不同差异,故并非每个被控侵权的应用名称均能构成商标性使用。通常认为,对商标性使用的认定必须考虑该商标是否起到了区别商品、服务来源的作用。这方面的典型案例当属新浪拍客APP被诉侵犯他人商标权的案件¹⁹。该案中,原告

19 参见(2014)海民初字第14715号民事判决书、(2015)京知民终字第00114号民事判决书。

在第9类（包含计算机程序）商品上注册了“拍客”商标，被告将其作为应用名称用于新浪拍客APP中。一、二审法院均认为，被告使用“拍客”一词的意图并不在于区别服务来源，真正发挥区分服务来源作用的系名称中的“新浪”一词，“拍客”在此所发挥的作用仅在于描述该款APP的实际用途，指称该款APP的功能在于供用户随时随地记录生活内容并将其上传至网络空间与他人进行交流分享，故被告对“拍客”一词的使用仅属于描述意义上的使用，其使用方式亦不会造成混淆，不构成商标侵权。

（2）APP应用所属服务类别的判断。

手机APP的开发过程集合了移动互联、网络通信、计算机程序开发等多种技术，尤其采用O2O经营模式的APP，其服务往往需要多方主体相互配合，才能实现客户终端的用户体验。由于完成用户体验所必不可少的一个环节就是网络计算机软件操作，因此与传统服务类别的区分不同，在判断APP应用提供服务的类别时，经常会发生技术开发、中间环节、最终服务各环节中服务类别的交叉与重合。故对APP服务类别的判断，需要在传统服务类别判断规则的基础上有所突破，充分考虑APP提供服务的过程和特点。由于任何一款APP的外在载体均为计算机应用程序，且每款APP的运行均难以脱离网络、通信等技术服务，因此用户对两款APP进行区分的标准，并不在于该APP采用了何种开发技术，而在于其所提供的服务内容、服务对象、服务方式是否不同。故APP应用名称并非均会构成对他人在第9类商品上商标专用权的侵犯。因此，对APP服务类别的确定，应当以其提供的最终服务内容、服务目的、服务对象为判断依据，而不能将某项服务的使用者与提供者进行捆绑并混为一谈，同时必须考虑混淆的可能性。这里的典型案件是滴滴打车APP被诉商标侵权案²⁰。该案原告先于被告在第35类、38类上申请注册了“滴滴”、“滴滴”文字商标，被告其后上线了名为“滴滴打车”的APP，而后更名为“滴滴打车”。法院在该案中明确

20 参见（2014）海民（知）初字第21033号民事判决书，一审生效。

了 APP 服务类别的判断规则，并提出在互联网环境下，因传统行业开始借助移动互联网和通信工具等开发移动应用程序，故在划分商品和服务类别时，不应仅因其形式上使用了基于互联网和移动通信业务产生的应用程序，就机械地将其归为此类服务，而应从服务的整体进行综合性判断。该案体现了法官对“互联网+”背景下线上与线下服务的密切结合给传统商标分类制度带来的冲击的思考，具有很好的借鉴和示范意义。

（3）APP 应用名称混淆可能性的判断。

商标的本质是其区分功能，混淆可能性是判断是否构成商标侵权的落脚点。在判断对 APP 应用名称是否造成了混淆可能时，除需要考虑商标与 APP 名称的近似性、商品或服务类别的类似性，还需要考虑注册商标的显著性程度，注册商标的显著性越高，造成混淆的可能性就越大，反之亦然。另外，被诉侵权人对应用名称的使用意图及使用情况，也是需要着重考虑的因素。如果被诉侵权人在他人注册商标之后，抢先将商标作为应用名称进行使用，或明知他人已经注册了商标而执意使用，则可推断被诉侵权人存有混淆的主观故意。而在前述“滴滴打车”被诉商标侵权一案中，被告虽然在原告商标申请之后、核准之前上线运行了“滴滴打车”，但经过使用已获得较高的知名度和公众认可。而原告并未在其核准注册的服务类别上使用涉案商标，反而在被告 APP 获得知名度后意图开展与其类似的车主通项目，故法院认定被告并不具备主观恶意，相关公众也不会发生混淆，不构成侵权。

（4）APP 平台的商标侵权注意义务。

应用商店中的 APP 名称侵犯他人商标权，应用商店在怎样的情况下承担间接侵权责任？2014 年 11 月，平安集团旗下的互联网金融平台在美国起诉苹果公司侵犯商标权²¹，起因是苹果应用商店拒绝下架假冒陆金所的 APP 应用。我们认为，按照流程，新上线 APP 必须通过苹果应用商店的审核后才能发布。对于苹果应用商店是否构成帮助侵权，必须考虑其控制能力、是否对 APP 进行了编辑、整理和

21 《苹果应用商店出现假冒 APP 陆金所起诉苹果公司》，载《北京晨报》，2014 年 11 月 13 日。

排名而当然“应知”、免责声明是否有效、收到投诉后是否及时下架处理等因素来综合判断，充分考虑利益均衡、合理预防原则。

3.1.2 竞价排名关键词商标侵权问题

调研发现，有关竞价排名关键词商标侵权的案件主要涉及以下法律问题。

（1）将他人商标作为搜索关键词是否属于商标性使用。

① 理论分歧。正如前文所述，是否属于商标性使用是判断商标侵权的前提条件。对将他人商标作为搜索关键词进行竞价排名是否属于商标意义上的使用，理论界和实务界存在不同认识。其中，理论界的观点可总结为交流工具说²²、混淆说²³、指示说²⁴及肯定说²⁵四种学说，又可归纳为否定说和肯定说两种。否定说完全否定了该种行为构成商标性使用的可能，认为将他人商标作为关键词，目的仅在于传递思想、表达观点或将自身信息通过搜索引擎传递给消费者，并非用于指示商品或服务来源。肯定说分为完全肯定说和部分肯定说，完全肯定说认为搜索引擎关键词本身就是为了指示和定位某一特定信息，搜索某一商标的目的就是找寻其所标识的特定商品或服务，因此只要造成了相关公众的混淆，就构成商标性使用。而部分肯定说则将关键词的使用分为是否在网页标题、描述及链接中使用了关键词，并认为只有在标题和网页简介中显示了关键词的情况下，才能认定对关键词的使用构成商标性使用。

② 实践共识。在司法实践中，因多数案件属于侵权人在以他人商标为关键词进行竞价的同时，在链接网页的标题、描述中亦使用了原告商标，故法院多认定为商标性使用，但对这一问题的认识仍需把握两个方面：第一，对相关公

22 邓宏光，易健雄．竞价排名的关键词何以侵害商标权——兼评我国竞价排名商标侵权案[J]．电子知识产权，2008年第8期。

23 陈晓俊．商标竞价排名侵权认定的新思路——商标间接侵权原则的应用[J]．电子知识产权，2009年第4期。

24 凌宗亮．仅将他人商标用作搜索关键词的行为性质分析[J]．中华商标，2015年第9期。

25 刘姝琪．竞价排名中的商标使用行为[J]．中华商标，2014年第7期。

众的理解。在搜索引擎竞价排名案件中，因对商标的使用尚处于关键词推广阶段，尚未发生商品的营销或流通，故此处的相关公众并非指该商标核定使用商品或服务类别所对应的全部消费者或与营销有关系的经营者，亦非普通意义上的网络用户，而应是以该关键词实施搜索行为的该部分网络用户。故对关键词的使用是否发挥了商标区别商品或服务来源的作用，应以该部分群体为判断主体。第二，相关公众对该关键词的认知。对该关键词的使用是否构成商标性使用，取决于该关键词能否发挥区别商品或服务来源的作用，即使用关键词进行搜索的用户是否对该词有商标意义的认知。如网络用户对相关关键词进行搜索并非基于对该词属于商标的认知，而是将其作为其他含义进行搜索，则该关键词并未发挥商标作用，亦无从谈及商标性使用。

另一种情况则是仅以他人商标为搜索后台选定的关键词，在搜索页面标题、介绍中均不出现，当用户点击该关键词对应的链接时，页面直接跳转到与被诉侵权人有关网站的情况。此时原告选择主张不正当竞争的情形较多，但在商标侵权案件中法院倾向于认定为不构成商标性使用²⁶。有的判决中法院认为，只要设置的推广链接对其商品来源和相关信息做出了清楚而不引人误解的描述，就不会造成相关公众混淆，不构成商标侵权。司法实践中，由于该种行为仍然符合不正当竞争行为的构成要件，因此多通过反不正当竞争法去解决。

（2）搜索引擎服务提供商提供服务的性质。

目前绝大多数判决认为，搜索引擎服务商提供的是基于搜索引擎技术的网络推广服务，本质上仍为信息检索服务²⁷。因竞价排名不仅涉及商标侵权纠纷，随着推广范围的扩张和竞价主体的增多，在被推广网站系钓鱼网站、挂马网站的情况下，亦有可能发生侵犯他人人身、财产权利的情况，故在近年的判决中，

26 参见（2011）一中民初字第9416号民事判决书、（2013）高民终字第1620号民事判决书。法院认为，将相关文字设置为推广链接的关键词系在计算机系统内部操作，并未直接将该词作为商业标识向公众展示，不会使公众将其识别为区分商品来源的商标，不属于商标性使用。

27 在本次数据采集到的我院所有涉及竞价排名案件的判决书，全部认定了搜索引擎服务提供者仅提供了信息检索技术服务。

有法院将搜索引擎服务商提供的服务定性为广告服务²⁸，认为推广服务与纯粹基于信息定位服务的自然搜索服务存在区别。就此，我们认为，虽然参与竞价排名的网站链接确有介绍产品或服务的广告性质²⁹，但这些广告并非由竞价排名服务的提供商所发布，搜索引擎网站也不直接提供超出链接外的其他任何信息，被链接的参与竞价排名的网站上才有完整的广告内容，它们才是真正的广告发布者，故仍应认为竞价排名服务提供商的行为是基于网络搜索引擎技术的信息搜索服务。

（3）搜索引擎服务提供商的责任。

通常认为，在谷歌、百度、搜狗搜索引擎服务提供商并未直接向竞价者提供关键词的情况下，仅存在其是否构成间接侵权的问题³⁰。司法实践中，对搜索引擎服务商如何承担责任问题确立了以下规则：第一，搜索引擎服务商对他人参与竞价的关键词不负有事先、主动审查义务，仅对违反法律规定的敏感词汇进行事先过滤；第二，搜索引擎服务商需要自行提供证据证明已尽到必要的提示、告知义务，如网站中是否有必要的知识产权条款、是畅通的侵权通知机制等；第三，在接到权利人通知后需及时删除涉嫌侵权信息，避免损害结果进一

28 参见（2013）一中民终字第9625号民事判决书。但也有判决认为百度公司的行为属于提供信息检索服务的网络服务提供者，“百度公司系百度网 www.baidu.com 的经营者，用户通过百度网进行网络推广服务时，自行注册并选定关键词进行推广服务，用户自行决定被链接网站的排名顺序及展现方式。对于被链接的网站信息亦由用户自行调整和控制，这一调整和控制的行为不受百度公司监督，事实上百度公司也不可能对为数庞大的推广网站进行逐一排查”。参见（2014）一中民终字第3208号民事判决书。

29 有法院认为竞价排名本身构成商业广告，竞价排名帮助客户的网站扩大了被用户发现的潜在机会，也就等于扩大了客户的商品或服务的宣传力度。竞价排名是技术和商业共同作用的产物，已经不是单纯的搜索技术，因此不能以技术为由否定其广告的商业作用，参见李自柱：《搜索引擎服务商提供关键词竞价排名服务的侵权责任及法律基础》，载《电子知识产权》，2011年第1期。

30 有学者认为搜索引擎服务商应当援引技术中立原则而被豁免侵权。我们认为，技术中立原则并不适用于搜索引擎竞价排名的情况，因技术中立主要指向公众提供了主要用途为非侵权用途的商品，通常情况下，提供者无法控制他人是否利用该商品实施侵权行为。而搜索引擎竞价排名服务提供者在某些情况下显然能够判断或知晓他人是否利用搜索引擎竞价排名服务实施侵权行为，故不能援引技术中立原则对搜索引擎服务商的责任进行一概豁免。

步扩大；第四，对于将具有很高知名度的商标作为竞价排名的关键词，搜索引擎服务商需承担更高的注意义务，若其未进行必要过滤，可能推定其应当知道涉案关键词构成侵权；第五，搜索引擎服务商不应为他人参与竞价进行关键词推荐，如存在主动推荐关键词的行为，可能推定搜索引擎服务商对侵权行为“明知”或“应知”。

3.1.3 电子商务平台的商标侵权问题分析

近年来，以淘宝、天猫、京东、苏宁易购、唯品会等为代表的电商平台迅速发展，而其中的商标侵权现象也屡见不鲜。围绕电商平台的商标侵权问题，主要有以下难点。

（1）电商平台的侵权责任形态。

电商平台应承担的责任形态由其提供服务的性质决定。电商平台的服务包括四种类型：一为自营服务，即由电商自行向消费者提供线上的商品和服务，并以快递方式送达消费者，由消费者直接向电商支付费用。如苏宁易购、国美在线均提供自营商品的销售服务。二为联营服务，表现为平台根据与第三方的线上协议，从第三方销售商品中获得利益分成，如唯品会、天猫。三为仅提供在线销售平台，即电商本身不参与销售，仅为第三方提供销售信息的发布、支付、物流等服务，如淘宝。四是混合服务，如京东商城，目前除京东自营服务外，还开始提供联营等服务。依据电商平台提供服务性质的不同，其应承担的责任亦有所差异。

第一，直接侵权责任。提供自营、联营服务的电商应承担直接侵权责任。电商平台提供自营服务在被告商标侵权时，在其无法证明销售商品有合法来源且主观无过错的情况下，应当承担直接侵权责任。联营服务多指电商与第三方商家之间存在合作销售、利润分成等合作关系。如在高坤诉京东叁佰陆拾度公司、京东贸易公司、中海云天公司侵犯商标权纠纷一案³¹中，京东贸易公司在提

³¹参见（2012）朝民初字第20257号民事判决书。

供配送、收款服务时，一并提供仓储服务并按照销售毛利一定比例向中海云天公司收取费用，而中海云天公司负责向京东贸易公司提供涉案婴儿服商品，双方就涉案商品的销售定期结算。法院据此认定二者存在合作关系，构成共同侵权。倘若平台仅提供代收货款、运输、仓储等服务而未参与商品销售，亦未从中获得利益分成，则不属于直接侵权。

第二，间接侵权责任。电商承担间接侵权责任包括帮助侵权的连带赔偿责任、就损害扩大部分应承担的连带赔偿责任。在电商仅提供在线销售信息平台、不参与实际销售及利润分成的情况下，也可能因存在过错而承担侵权责任。前者需考虑电商是否“明知”或“应知”第三方商家利用其网络服务实施侵权行为而未采取合理措施，后者则要考虑在权利人发送有效通知后，电商是否及时采取删除、屏蔽等措施，否则需就损害扩大部分与第三方商家承担连带责任。

（2）电商平台间接侵权的主观过错判断。

电商平台对经营者的资质应当进行必要的事先审查，但对其并未参与销售、分成的商品是否存在商标侵权行为并不负有事先的主动审查义务。然而，当有确切证据能够证明电商平台存在应知或明知他人利用其平台实施侵权行为时，其仍要承担责任。调研认为，电商平台的“明知”或“应知”应包括如下方面：①电商平台基于自身应具备的管理信息条件、经营能力及技术可能性，未采取任何预防侵权措施及相应合理措施；②被控侵权交易信息位于网站、栏目首页或网站页面明显可见位置；③电商平台通过人工或者自动方式对被控侵权交易信息采取了编辑、选择、整理、排名、推荐或修改等；④权利人的通知足以使电商平台知道被控侵权交易信息或交易行为通过其网络服务进行传播或者实施；⑤电商平台针对相同网络卖家的重复侵权行为或同一侵权信息并未采取相应合理措施；⑥被控侵权交易信息中存在明确表明未经商标权利人许可的网络卖家自认；⑦以明显不合理价格出售或提供知名商品、服务；⑧电商平台从被控侵权交易信息的网络传播或交易行为中直接获得经济利益；⑨电商平台知道被控侵权交易信息或交易行为侵害他人注册商标专用权的其他因素。如在呷哺呷哺公司诉窝窝团公司、石家庄呷哺公司侵犯商标权一案中，法院认为窝

窝团公司作为团购网站，注意义务应限制在合理范围内，其对石家庄呷哺公司的经营资质、商品等进行了一定审核，并在收到起诉书后及时下线，已尽合理注意义务，不承担赔偿责任³²。

3.2 网络商标使用之免责免赔情形

如前文所述，并非所有的商标使用都要承担商标侵权损害赔偿责任。司法实践中，常见的网络商标使用免责、免赔情形主要有以下几种。

3.2.1 在先使用的判断标准

《商标法》第 59 条第 3 款规定了商标在先使用的问题³³，即如使用人能够证明其在商标注册权利人之前已使用了商标，且该使用已具有一定影响，可豁免商标侵权责任。一般认为，使用人需要符合以下四方面要件：①使用时间必须在权利人申请注册商标之前，而非商标核准注册之日。②构成商标意义上的使用。即该使用必须面向社会公众，与具体商品或服务相结合，起到区分商品或服务来源的作用。③具有一定影响力。即相关商标具有一定的持续使用时间、区域、销售量或广告宣传等，从而使一定范围内的公众知晓该商标，进而对商品来源加以区分。④附加适当标识。即便使用人使用他人注册商标，符合在先使用并具有一定影响力的法律要件而被豁免侵权，但基于防止混淆的立法目的，在权利人要求的情况下，使用人仍负有附加区分标志以防止混淆的法律义务。典型案例如海淀法院审理的李育武等诉欧莱雅公司、百度公司侵犯商标权案。该案中，原告抢注了契尔氏商标，欧莱雅公司在百度推广中使用契尔氏作为关键词，法院考虑到互联网互联互通的情况和欧莱雅公司在中国台湾、中国香港以及大陆网上对契尔氏商标的使用情况，认定欧莱雅公司的使用属于在先使用，

32 参见(2013)海民初字第 11362 号民事判决书，二审维持原判。

33 《商标法》第 59 条第 3 款规定，商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或近似并有一定影响力的商标，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标，但可要求其附加适当区别标志。

不会引起相关公众的混淆，并据此驳回了原告的诉讼请求³⁴。

3.2.2 正当使用的判断标准

《商标法》第 59 条³⁵规定了商标的正当使用。正当使用需满足客观上属于描述性使用、主观上具有善意使用意图，且使用行为未超过合理限度的要件。具体而言：①描述性使用。即注册商标应当为商品的通用名称、图形、型号，或者用以描述商品的质量、主要原料、功能等特点或为地名。②善意使用。使用人的使用意图须为善意，若使用人虽意在描述其商品或服务特征，但存在明显搭便车、傍名牌、意图使公众对商品来源产生混淆的故意，则不构成正当使用。③使用方式合理。即使用人对商标的使用不能超过合理限度。是否具备合理性，可以从商标使用的具体方式上判断，如是否与自有商标一同使用，以将自有商标作为区别来源的标识；在使用地名时，是否明确标注了来源产地，而非以较大字号突出显示地名，以造成与他人的地名商标相混淆等。当然，网络商标使用方式的合理性问题，还需要考虑网络用户的消费习惯，以此判断是否存在混淆的可能性。如东阿阿胶公司曾起诉姿美堂公司在京东商城销售商品时使用“东阿阿胶”字样进行宣传侵犯了其商标权，一、二审法院均认为姿美堂公司在网站标题中对东阿阿胶文字的使用系对商标中描述性信息的正当使用，亦不会造成混淆，不构成商标侵权³⁶。

3.2.3 此前三年未实际使用的判断标准

为防止权利人注册商标后弃之不用导致商标资源长期闲置，《商标法》规定了连续三年停止使用撤销制度，同时亦增加了三年内未使用商标不予赔偿的制

34 参见（2013）海民初字第 21683 号民事判决书，（2014）一中民终字第 03262 号民事判决书。

35 《商标法》第 59 条规定，注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有的地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。

36 参见（2014）海民（知）初字第 26212 号民事判决书，二审维持。

度³⁷。自《商标法》修订以来，该条已成为被控侵权人经常使用的抗辩理由之一。对此，我们认为，对该条规定的理解需把握以下几个要点：①被控侵权人需提出未使用的抗辩。②“此前三年”指权利人提起诉讼前的三年内，起算点是自权利人向法院提起诉讼之日起向前推算三年。③在法院要求权利人提供证据的情况下，权利人需向法院提交其在此前三年内实际使用的证据，该实际使用行为需要满足公开、真实、合法使用的条件。④造成其他损失。在权利人无法证明三年内实际使用的情况下，如其无法证明被控侵权人的行为给其造成了其他经济损失，被控侵权人则无须进行赔偿。⑤仅限于对赔偿责任的豁免，被控侵权人无须赔偿权利人经济损失，但仍需承担停止侵权的责任。

4. 涉网络商标侵权案件的风险预测与应对建议

当下，互联网经济的飞速发展及商业模式的加速转变，在给企业带来更多发展机遇的同时，也激发了更多的商标侵权行为。在“互联网+”的背景下，互联网技术与传统经济的日益结合、商业模式的推陈出新，导致网络环境下的商标纷争已不再是简单的个案中的利益冲突，其背后隐藏着更深层次的商业逻辑与法律逻辑的碰撞。结合对本次调研中所涉案例的分析及对互联网发展趋势的把握，我们试对未来网络商标侵权案件可能的发展趋势、法律风险进行预测，以供广大互联网公司及创业者参考，并尝试提出法院的应对策略。

4.1 APP 应用和微信公众号的假冒问题及其应对

随着各种服务类 APP 应用及微信公众号的普及，这两类产品面临着被仿冒的极大风险。而目前两类产品的准入门槛较低、无须实质审核即可上线运行，

37 《商标法》第 64 条规定，注册商标专用权人请求赔偿，被控侵权人以注册商标专用权人未使用注册商标提出抗辩的，人民法院可以要求注册商标专用权人提供此前三年内实际使用该注册商的证据。注册商标专用权人不能证明此前三年内实际使用过该注册商标，也不能证明因侵权行为受到其他损失的，被控侵权人不承担赔偿责任。

而不少 APP、微信公众号上标注的经营者仅为拼音人名或英文简称，准确性、指向性很差。一般而言，对 APP 和微信公众号经营者的确定有两种途径：产品中标注的经营者信息及平台中登记备案的信息。在目前产品标注信息模糊、平台对经营者信息审核备案不严的情况下，一旦发生侵权，法院首先面临的是经营者难以确定的问题。本文建议从以下方面加强监管及处置：①设置 APP 及商业类微信公众号的登记备案制度；②平台要严格审核准入制度，事先审核经营者身份证件、工商材料等，只有用户上传的身份证明与相关政府机关的数据库核对一致的情况下，相关 APP、公众号才可上线运行；③对有商标侵权嫌疑的 APP 及公众号及时做出下线、通知担保或反担保等处理。

4.2 互联网金融平台的傍名牌问题及其应对

随着互联网金融的飞速发展，越来越多的金融平台对 O2O 运营模式青睐有加³⁸。互联网金融产品的优势在于充分运用网络的融资便捷性，具有较高的投资回报率，但网贷征信体系的先天不足及信用认证的不完善所引发的产品信用风险不容忽视。而网络金融产品一旦搭上知名商标的便车，容易造成社会公众对服务来源的混淆或误认并基于对名牌的信任参与到融资之中，进而引发大范围的金融风险。因此我们建议对金融产品的上线，平台应具有更高的审核注意义务，不仅要严格进行开发者、运营者资质的审核，更要对金融 APP 应用名称是否存在傍名牌的侵权可能性承担更大的注意义务，在接到通知后及时采取必要措施，同时，相关金融主管部门必须切实加大对此类 APP 的监管力度。

4.3 C2C 模式下电子商务平台假冒商品泛滥问题及其应对

C2C 模式下的电子商务平台上充斥假冒商标商品的情况一直屡禁不止，在大部分案件中，电子商务平台都未被判决承担赔偿责任，但也有平台曾因审查

38 如 2015 年，中融民信除了在其旗下互联网金融 P2P 平台民信贷中采用 O2O 模式之外，还构建了互联网金融 O2O 模式的第二大业务——民信金融超市。该种模式使用 P2P 线上完成筹资，通过互联网获客优势引入投资人流量，线下完成借款人的开发以及信用审核。

不严而受到惩处³⁹。不容忽视的是，有时平台对于恶意的商标侵权投诉难以有效识别，容易产生误伤合法经营者的情况。我们认为，虽然法院可在司法层面就个案来认定平台的过错及侵权责任，但仅靠个案诉讼的方式确实难以解决电商平台假冒商标泛滥的问题，C2C 模式的特点导致电商平台确实存在操作层面的极大困难。因此，本文建议尝试通过技术手段来促进问题的解决，如采取价格过滤机制、大数据分析诚信记录等方式来加强对商标侵权行为监控的准确性、及时性。虽然价格过滤机制的设立，存在价格设定区间不好确定的困难和错杀的可能性，大数据分析诚信记录方式亦可能产生一定误判，但毕竟相关技术手段的探索和完善需要一个过程，而技术手段可能成为预防、制止商标侵权的有效方法和发展方向。同时，建议引入正品保险制度，即由电商平台与保险公司合作，引导商户参与投保，在商户被投诉或因售假被投诉后，保险公司相应提高商户投保金额，以经济手段提高不诚信商户的经营成本。

4.4 网络商标侵权判赔数额、诉讼禁令问题及其应对

前面我们提到，绝大多数网络商标侵权案件都是法官通过法定赔偿方式判赔数额的，且判赔数额不高，无法有效保护商标权人的利益。而这种现象的发生根源在于原告的举证不能，因此权利人必须增强举证意识、提高举证能力，在必要时申请法院调查取证。而法院对于原告提出的合乎条件的证据保全申请，应及时做出保全措施或履行调查取证职责。另外，通过法院颁发诉讼禁令的方式，可有效减少侵权人恶意拖延诉讼的现象，破坏其“以时间换市场”的策略，更好地保护商标权人。今后，法院需要在调查取证、证据保全、提高侵权判赔标准、颁发行为禁令方面迈出更大的步伐，以切实加强知识产权保护力度。

5. 结语

互联网的发展带动了网络产品和商业模式的革新，也带来了网络环境下企

39 参见（2010）浦民三（知）初字第426号民事判决书、（2011）沪一中民五（知）终字第40号民事判决书。

业对知识产权的争夺和抢占。商标作为凝聚经营者商誉的重要知识产权资源，在互联网环境下更是成为企业竞争和防御的有力武器。如何在现有网络环境下树立商标品牌、防止商标侵权、减少商标纠纷，将是未来国内互联网企业竞争的不二法则。在“万众创业、大众创新”的背景下，无论是创业者还是司法者，都需要认识到商标侵权的法律风险——对权利人造成的损害，对消费者利益造成的损伤，对竞争秩序造成的破坏，更给创业者的投资埋下了巨大隐患。因此，广大互联网企业、创业者必须树立商标法律意识，健全商标战略，采取多种措施预防和避免网络商标侵权的发生。而作为司法者，法院亦需要通过判决合理界定商标侵权边界、适度提高侵权判赔标准、更多采取诉讼禁令以及就侵权风险发出司法建议等方式，在尊重、理解商业逻辑的同时，以法律逻辑规范商业逻辑，从而促进有序竞争，为互联网的繁荣发展提供更好的法律保障。

06 中国互联网版权新型问题调研报告

司 晓 张钦坤 田小军

司 晓 腾讯公司公共战略研究部总经理 腾讯研究院秘书长

张钦坤 腾讯研究院副秘书长

田小军 腾讯研究院研究员

正如 2015 年 9 月 22 日，习近平总书记接受《华尔街日报》采访时强调，互联网作为 20 世纪最伟大的发明之一，深刻改变着人们的生产生活，有力推动着社会发展¹，具有高度全球化的特性。但是，这块“新疆域”不是“法外之地”，同样要讲法治。网络空间与现实社会一样，既要提倡自由，也要遵守秩序。自由是秩序的目的，秩序是自由的保障²。

1. 中国互联网版权新型问题研究综述

著作权法为实现法治互联网、促进互联网产业有序发展提供了基础规范，在网络上，任何人未经许可实施受专有权利控制的行为，就如同闯入了由篱笆圈起的他人专属领地，在缺乏法律上免责理由（如合理使用、法定许可）的情

1 注：党的十八届三中全会对互联网的阐述再次证明，互联网已经成为我国经济创新发展的关键性基础设施，互联网经济已成为我国主体经济不可分割的一部分。经过 20 余年的发展，互联网已经并正在不断改变我们的生活、工作乃至思维方式。

2 参见：习近平九论互联网，<http://news.sina.cn/gn/2015-10-12/detail-ixirmpz8258850.d.html?from=timeline&isappinstalled=0>，最后访问日期，2015 年 10 月 16 日。

况下，构成对版权的侵犯³。经过多年努力，我国互联网著作权法治保护环境有了很大的改善和提高，得到了国际社会的一致认可和好评。自 2005 年起，国家版权局会同工信部、公安部、国家网信办等部门，连续 10 年开展“剑网行动”，查办了一大批大案要案，有效打击和震慑了网络侵权盗版活动。

但也要看到，我国目前的网络版权保护形势依然严峻：首先，全社会的网络著作权法律意识还不高，网络侵权盗版行为还有其生存的土壤，而部分网络企业长期无偿使用他人的内容资源，在被追究责任方面存在侥幸心理，部分权利人也缺乏自我维权意识；其次，日新月异的互联网技术与商业模式创新，对互联网版权立法、司法等领域都提出了诸多新的挑战。伴随技术发展，这些互联网产业特点催生的数字音乐、网络视频、手机游戏、体育赛事节目、云盘等一系列新现象、新问题，亟待通过法律制度予以明确和规范。这些随技术和产业发展而生的新型问题集中反映了当前我国互联网版权问题的以下特点。

1.1 产业层面：产业正版化重塑网络版权环境

以互联网技术为代表的信息技术，正在成为重塑企业、行业、社会、国家的重要力量，其健康快速的发展，对我国推进经济社会的全面发展具有重要的意义。随着“剑网行动”的逐步开展以及行业维权力度的不断加大，网站平台进行知识产权合规的自我约束的能力不断增强，互联网版权保护由“被动时代”跨入“主动时代”，互联网产业由“野蛮”走向“文明”，互联网公司积极主动探索通过设置版权保护技术或者优化平台规则设计增加网络版权侵权成本，净化网络版权环境。

1.2 客体层面：著作权保护客体出现新的争议

“新的知识形式的出现挑战传统知识产权客体”⁴，随着产业和技术传播手段的发展，体育赛事节目和手机游戏的某些构成要素（比如“游戏界面”等）

3 王迁，王凌红．知识产权间接侵权研究[J]．北京：中国人民大学出版社，2008 年版。

4 吴汉东．中国知识产权法学研究 30 年[J]．法商研究，2010 年第 3 期。

是否应该受到著作权法保护，在司法实践中引起广泛争议。

1.3 权利层面：著作权权利等受到技术再挑战

版权制度是与技术的发展与进步有密切关系的，特别在进入数字技术时代之后，“数字时代对著作权法的最大冲击，在于它彻底改变了作品复制和传播的方式”⁵。近年来的深层链接、云盘秒传等技术，一方面极大地削弱了版权人对其作品的传播途径和手段的控制，另一方面也让一些“盗版者”自感“如虎添翼”。

1.4 行为层面：从集中化、专业化向分散化、业余化发展

如今，我们处在一个科技与商业十分发达的时代，互联网特别是移动互联网的发展以及 3G、4G 网络的普及和智能终端的普遍使用，私人复制与传播能力迅速增强，“新技术全面推广所带来的最明显也是最重要的好处是，娱乐产品能更加有效率地传播”⁶，知识产权侵权的成本也随之不断降低，共享文化和“免费”文化也得到广泛认同。网络侵权呈现出分散化、业余化的趋势。

1.5 责任层面：网络服务商界限模糊致责任承担方式变化

由于作品新的传播途径的出现，著作权法必须对参与各方的责任问题加以澄清，从而通过法律的形式寻找和确认新的“看门人”；而信息社会服务提供者的责任问题便成为保护版权权利人利益、促进技术进步和满足消费者需求这三者之间平衡的关键问题⁷。然而，随着数字技术带来的媒体一体化现象，以及网络服务提供商和网络内容提供商界限越来越模糊，使得在一些情形中（比如深层链接行为、云盘秒传功能），让网络服务提供商承担直接侵权责任成为新的建议与趋势。

⁵王迁．网络环境中的著作权保护研究[M]．北京：法律出版社，2011 年版。

⁶ [美]威廉·W.费舍尔（William Fisher），李旭，译．说话算数：技术、法律以及娱乐的未来[M]．上海：上海三联书店出版社，2013 年版。

⁷吴伟光．数字技术环境下的版权法——危机与对策[M]．北京：知识产权出版社，2008 年版。

2. 数字音乐正版化进程遭受深层链接行为影响

2.1 数字音乐深层链接的侵权认定存在争议

目前，一些数字音乐平台设置深层链接聚集海量曲库，并对链接进行有目的的选择、编排、整理，甚至会出现特定歌曲指向单一链接且存储版权内容的情况⁸，用户可以在点击链接后不跳转或者不实质跳转被链接网页的情况下获得被链接版权内容。基于此种目的、方式，以及实现效果的考量，其通过深层链接的方式直接呈现了被链版权内容、借此得了商业优势，并实质替代了音乐版权所有者对数字音乐版权的控制。

事实上，深层链接技术⁹在我国数字音乐产业的使用一直伴随着业界的广泛争议¹⁰，在我国，从 2003 年开始的正东、华纳、新力等诉世纪博悦案¹¹，2005 年步升诉百度案、七大唱片公司诉百度案¹²，到 2007 年十一大唱片公司诉雅虎案¹³，再到 2012 年步升诉羲和网络案¹⁴，业界关于深层链接是否构成侵权以及是否构成直接侵权的讨论从未停止¹⁵。

业界学者与法官总结出处理深层链接问题的多个原则，如服务器标准¹⁶、用

8 参见正大诉镇海新闻网络中心案，(2005)甬民四初字第 16 号，转引自腾讯互联网法律研究中心：《10 年间，伴随音乐产业纷争而生的 14 条裁判规则》。

9 业务实践中，网络链接包括普通链接与深层链接，不同于普通链接，深层链接网站储存了被链网站的网址，用户点击链接后并不直接跳转被链网站，而是在链接网站上直接呈现被链接网站的内容。

10 于璐：《深层链接引发的著作权侵权研究》[D]。武汉：华中科技大学，2010。

11 (2003)一中民初字第 12189 号，(2004)一中民初字第 400 号、428 号，(2004)北高民终字第 713 号、714 号、1303 号。

12 参考 (2005)一中民初字第 8995 号，(2007)高民终字第 599 号。

13 (2007)二中民初字第 026222 号。

14 (2012)郑知民初字第 298 号。

15 王迁：《网络环境中的著作权保护研究》[M]。北京：法律出版社，2011 年版，第 339 页；芮松艳：《论搜索、链接服务提供行为的侵权构成要件》[J]《知识产权》，2011 年 01 期；孔祥俊：《论信息网络传播行为》[J]。人民司法，2012 年 07 期；崔国斌：《加框链接的网络规制》[J]。政治与法律，2014 年第 5 期。

16 王迁等学者主张服务器标准，认为只有将作品上传或者以其他方式置于向公众开放的服务器的行为，才是受“信息网络传播权”控制的“网络传播行为”，也才有可能构成对“信息网络传播权”的直接侵权。王迁：《网络环境中的著作权保护研究》[M]。北京：法律出版社，2011 年版，第 339 页。

户感知标准¹⁷、“专有权标准”¹⁸、“实质替代标准”¹⁹，近期亦有学者提出实质呈现标准²⁰。以上标准的争论反映了我国学者及实务专家对于深层链接行为是否构成侵权的不同看法。目前，基于不同的侵权认定标准，在我国司法实践中，认定深层链接行为时多从两个维度进行侵权判定：①深层链接网络服务提供者构成对权利人作品的“提供”，直接侵犯了权利人的信息网络传播权，如华纳唱片、正东唱片诉世纪悦博音乐案一审以及新力唱片诉世纪悦博音乐案²¹。②深层链接行为为版权作品的传播提供了渠道和便利，构成帮助侵权²²，如华纳唱片、正东唱片诉世纪悦博音乐案二审²³。

2.2 技术发展使得“提供”行为应做扩大解释

著作权法总是处于应对新技术发展的各种挑战之中²⁴，随着网络技术的发展，不经过服务器的存储或中转，通过深层链接等方式也可以使相关作品置于信息网络之中，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品，实现了“提供”的实质效果，从而使得著作权人失去对作品传播的控制。在此背景下，2012

17 “用户感知标准”是指只要用户感知版权内容来自于设链网站，就可以认定该设链网站服务提供者未经许可提供了版权内容，构成直接侵权。在国内，对加框链接不满的法院：在形式上尊重“服务器标准”，但在程序上基于“用户感知”推定“加框链接”的设链者上传被链接作品到服务器，然后要求服务商举证反驳。

18 孔祥俊：论信息网络传播行为[J]。人民司法，2012年07期。

19 石必胜：论链接不替代原则——以下载链接的经济分析为进路[J]。科技与法律，2008年05期。

20 “实质呈现标准”强调著作权人对于作品提供者身份的有效控制，而不关心设链者是否实质损害了被设链网站的利益。崔国斌：加框链接的著作权法律规制[J]。政治与法律，2014年第5期。

21 （2003）一中民初字第12189号；（2004）一中民初字第400号；（2004）一中民初字第428号，（2004）高民终字第714号。

22 帮助侵权包括两个构成要件：①知道或理应知道他人正在或着手实施侵权行为；②为他人侵权提供了必要的设备、工具或其他便利。See *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 159 (2d Cir. 1971)。

23 如北京市高院在华纳、正东诉世纪悦博两案的二审中认定：“因为世纪悦博公司设置链接的行为，为侵权录音制品的传播提供了渠道和便利，使用户得以下载侵权的录音制品，从而使被链接网站的侵权行为得以实施、扩大和延伸。”参见（2004）北高民终字第1303号、713号。

24 吴汉东：信息技术革命与信息网络传播权立法[J]。中国版权，2005年第2期。

张钦坤：互联网环境下我国版权制度的未来发展，转引自腾讯互联网与社会研究院 <http://www.tencentresearch.com/Article/lists/id/185.html>，2015年1月3日最后访问。

年最高人民法院在《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第3条、第5条中对信息网络传播权“提供”行为做了扩大解释²⁵。在新力诉世纪博悦案的二审裁判中，法院将深层链接定性为提供行为，认为“世纪悦博公司所设置的链接只不过是其向公众提供全部音乐信息服务的一个环节、一种手段”²⁶。浙江法院在“新力哥伦比亚音乐股份有限公司与绍兴伏羲网络科技有限公司著作权侵权纠纷上诉案”中亦做出了类似的认定²⁷。

从利益平衡的角度，笔者认为，深层链接行为虽然在一定程度上提高了用户获取信息的方便程度，但深层链接对数字音乐产生的损害效果却极其严重²⁸。其一，深层链接使得版权产品脱离了权利人的控制²⁹。著作权人对其作品享有传播控制权，即使是在版权人或者授权传播者不对其版权作品设置任何技术保护措施的前提下，未经许可，其传播控制权依然不应受到侵害³⁰。其二，深层链接的行为方式及商业目的使其在产品设计上趋向于使得用户在不脱离链接网站的情况下浏览、下载版权音乐内容，造成了对被链接网站的实质替代，使得被链接音乐平台无法通过音乐付费下载或者增值服务、广告等方式获得利益。

2.3 宜从制度设计层面规制数字音乐深度链接行为

我们认为，从立法原意及制度激励的视角出发，建议在涉及数字音乐深层链接行为的案件中，推定设置深层链接的数字音乐平台构成直接侵权，并由其

25 参见《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》；王艳芳：《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》的理解与适用[J]，中国版权，2013年第1期。。

26 （2004）北高民终字第714号。

27 （2005）浙民三终字第52号。

28 崔国斌：加框链接的著作权法律规制[J]，政治与法律，2014年第5期。

29 如果数字音乐平台提供的深层链接服务使著作权人难以控制作品的传播，产生了市场替代效果，使得著作权人的作品传播利益落空，这必然会对作品的创作与合法传播产生反向激励，不利于数字音乐产业的繁荣发展，更不符合《著作权法》、《信息网络传播权保护条例》及相关司法解释所体现的立法目的。

30 笔者并不赞同欧盟关于 Bestwater 以及 Svensson 案的判决，其认为，如果被链网站没有设置版权保护措施，则设链网站的行为并没有增加新的用户，故而设链行为不构成“向公众传播行为”。

承担其行为不构成直接侵权的举证责任，如此便可在制度设计上合理分担相关主体的诉讼义务，加大数字音乐平台进行深度链接行为的制度成本。需要申明，判断深层链接是否构成直接侵权的关键在于考察行为的本质，也即链接方式、链接目的等具体情况，一般而言，网络服务提供者不因未对链接网站内容审查而承担不利后果³¹，但如果在明知或者应知用户行为侵权的情况下，提供实质性帮助或放任侵权结果的发生与扩大，没有及时采取制止侵权行为的措施，则构成“帮助侵权”³²。笔者参与总结近 10 年数字音乐案件并梳理了 14 条裁判规则，其中有“‘试听’、‘下载’服务并不当然侵权”的认定。³³即作为一般搜索引擎网站，其链接内容是基于用户的搜索而自动进行全网的爬虫搜索，没有对被链内容进行选择、编辑、整理，其不因未对被链接网站内容审查而承担责任；其提供的链接“试听”功能应当视为搜索引擎服务的组成部分，属于对搜索结果的显示或展现，其目的在于使查询者能够做出识别和判断。但是，链接经过人工选择、编辑、整理，超越被链网站的服务（如提供被链网站未提供的下载服务），设置假链、伪链、死链、不完整链等，或者存储、与合作第三方存储被链内容，则不能以提供一般搜索引擎服务进行抗辩。

3. 网络视频行业版权立体维权成效显著

3.1 网络视频版权生态维系亟须良好的版权保护环境

互联网产业与传统视频产业的不断融合催生网络视频产业，使得人们更普

31 参见腾讯互联网法律研究中心：《10 年间，伴随音乐产业纷争而生的 14 条裁判规则》之七：搜索服务提供者不对被链接网站内容是否侵权负有审查义务。

32 网络服务提供商应对其链接或者呈现相关内容应尽合理注意义务，并根据其服务行为和侵权内容的关系紧密程度依次加大。司晓：网络服务提供者知识产权间接侵权责任研究[D]。武汉：中南财经政法大学，2014。

33 参见田小军、刘娜：《10 年间，伴随音乐产业纷争而生的 14 条裁判规则》，载腾讯研究院 <http://www.tisi.org/Article/lists/id/3496.html>，2015 年 1 月 3 日最后访问。

遍与频繁地借助网络创造和传播具有时代气息的新型视频产业成果³⁴。目前,我国网络视频产业经历了多年的发展,已经形成完善的网络视频版权生态,包括投资方、制作方、发行商、播出平台、广告主、用户等,分别负责网络视频的投资、制作、发行、渠道、增值、消费等环节。

网络视频产业遵循“信息规则”³⁵,需要在网站发展运营的初期投入巨资,用于内容版权存量积累、网站开发维护、服务器购买与托管、网络带宽优化与人员、办公等费用,通过提高用户体验来吸引网络用户的点击与留存。并且,随着国内网络视频行业的竞争加剧,视频版权的价格不断攀升³⁶,正版视频网站版权运营压力持续增加。再则,不同于国外视频网站³⁷,我国网络视频行业在“免费策略”下探索建立网络视频版权生态。因而,大多视频网站处于“亏损”或者“勉强赢利”的状态,只有在良好的版权保护环境下,网络视频网站才能得以通过正版化的版权内容赢利,网络视频版权生态各方才能得以在共赢中协同发展。

3.2 网络盗版阻碍网络视频版权生态的良性发展

事实上,我国网络盗版问题一直是阻碍网络视频版权生态良性有序发展的“顽疾”。尤其表现在,网络盗版技术丰富多样,特别在P2P、云计算等新型技术被违法用于网络盗版的情况下,原始版权方以及正版网络视频平台更加难以

34 参见光明网:陈一丹 版权为互联网产业发展护航 http://www.gmw.cn/media/2013-06/24/content_8053509.htm, 2014年10月15日最后访问。

35 知名网络经济学家卡尔·夏皮罗(Car Shapiro)与哈尔·瓦里安(Hal Varian)在其合著的《信息规则——网络经济的策略指导》一书中总结,互联网产业有以下的特点:高“固定成本”,低“边际成本”,和“网络效应”。参见[美]卡尔·夏皮罗(Car Shapiro),哈尔·瓦里安(Hal Varian)著,张帆,译:《信息规则——网络经济的策略指导》,中国人民大学出版社,2001年版。

36 《网络视频市场群雄逐鹿 电视剧网络版权价5年疯涨1500倍》,载中国网库咨询:http://business.99114.com/Article/Detail_455987_101101_%e7%83%ad%e7%82%b9%e8%b5%84%e8%ae%af.shtml, 2014年11月4日最后访问。

37 YouTube主要发展UGC(User Generated Content,用户生成内容)模式,鼓励用户观看视频的同时成为内容创造者,主要营收是广告收入;Hulu与数百家视频内容商合作,以海量正版影视节目内容提高用户体验,主要通过广告收入和用户付费两种形式实现营收增长;Netflix目前主要依靠网络自制剧吸引用户,赢利模式也是分为广告收入和用户付费两种。

有效控制版权内容的传播。盗版网站侵权使用正版视频内容，分流正版网络视频网站用户流量，导致正版网络视频网站从版权内容中直接以及间接获益能力降低，并损失了服务器与带宽资源³⁸。

近些年，正版化逐渐成为主流视频网站的共识³⁹，但视频网站版权纠纷仍然数度成为行业热点，视频网站正版化之路仍然迷雾重重。⁴⁰我们应该清醒地意识到，网络盗版已经成为网络视频版权生态维系的最大障碍，众多的正版网络视频平台长期因网络盗版的存在而业绩增长乏力，长此以往，势必造成我国网络视频版权生态的畸形发展。

3.3 立体维权是构建多元治理网络盗版的有效策略

网络盗版猖獗的原因是多方面的。第一，盗版网站从网络盗版侵权中获益丰厚，在利益驱使下不断铤而走险。第二，现行法律关于著作权侵权损害赔偿计算的方式缺少灵活性，侵权损害法定赔偿标准偏低，侵权损害赔偿缺乏明确的计算标准，并且没有引入惩罚性赔偿标准。第三，尚未建立多元治理的立体维权机制，在面对复杂侵权的情况下维权乏力。导致网络盗版猖獗的原因众多，治理网络盗版问题需要多方合力，因此构建以权利人为“维权源头”、以法律法规为“维权基准”、以司法行政为“维权两翼”的立体维权体系是维系网络视频版权生态健康有序发展的多元治理良方。具体应主要从以下方面展开：第一，立法与司法层面，增强损害赔偿计算方式的适用灵活性，增加法定赔偿的数额，

38 首先，正版网络视频网站投入巨资购买的版权内容被盗版网站零成本使用，用户可以从盗版网站直接免费获得视频内容，这导致正版网络视频网站从版权内容上直接获益的能力降低。其次，盗版网站分流了部分用户，而这样势必造成正版网络视频网站流量减少，直接影响广告主在正版网络视频平台上投入广告的意愿与价格，实际上使得正版网络视频平台从版权内容上间接获益的能力降低。再次，众多的盗版网站通过盗链技术直接在盗版网站上“播放”正版网络视频网站的版权内容，在技术上直接利用正版网络视频平台巨资购置的服务器与带宽资源，严重侵犯正版网络视频网站的版权利益与其他商业利益。

39 随着“剑网行动”的逐步开展以及行业维权力度的不断加大，以及视频网站为谋求上市而进行知识产权合规的自我约束，主流视频网站开始推行视频内容的正版化工作。

40 参见中新网：繁荣难掩版权纷争 谁来保护网络文化的版权，转载自《光明日报》<http://finance.chinanews.com/it/2014/07-24/6420563.shtml>，2014年10月15日最后访问。

明确网络环境下赔偿适用标准，引入“惩罚性赔偿机制”。第二，版权行政监管与执法层面，建立以国家版权局为核心的区域联动协调机制。第三，网络环境下版权企业层面，企业应建立专门的维权团队，在版权内容维权工作中进行周密战略部署和整齐划一的整体布控。

4. 手机游戏版权问题在产业元年爆发

4.1 我国手机游戏侵权案件伴随产业爆发而增长

近年来，全球手机游戏市场迎来了高速增长的机遇，中国手游市场更是迎来了爆发式增长的手游产业元年⁴¹。目前，基于优质知识产权所蕴含的文化元素与品牌影响力，以优质知识产权连接粉丝，并以知识产权授权为核心进行跨领域、跨平台的布局，推动优质知识产权在互联网或移动互联网多领域共生的“泛娱乐”已经成为各家互联网企业不遗余力践行的商业模式。

然而，另一方面，2013年下半年至今，中国手游行业知识产权乱局纷现，盛大、搜狐畅游、完美世界、网易游戏、腾讯游戏、暴雪等发动维权浪潮。目前，我国手游知识产权维权面临的困境主要包括以下几个方面：①手游生命周期短、侵权诉讼周期长，拖延战术使侵权有利可图。②侵权成本低，维权成本高，司法赔偿难以有效遏制侵权企业。③侵权手游赢利能力较强，发行商、运营商放任态度明显⁴²。

在暴风诉上海游易著作权侵权与不正当竞争纠纷案⁴³中，就著作权侵权的认定问题，法院基于案情对“炉石传说”的“炉石标识”、“游戏界面”、“卡牌牌面设计”、“游戏文字说明”、“视频和动画特效”等是否享受著作权分别进行了论述与认定。同时，法院特别言明，游戏界面的布局作为美术作品的思想的确

41 中国音像与数字出版协会游戏工委和中国互联网数据中心（IDC）统计数据显示，2014年，中国手游市场实际销售收入达到274.9亿元，比2013年增长了144.6%。

42 田小军：纷争中的手游知识产权保护[J]。中国版权，2014年第5期。

43 （2014）沪一中民五（知）初字第23号。

不属于著作权保护的范畴，但是，14 个界面并非仅由布局构成，而是由色彩、线条、图案构成的平面造型艺术，属于著作权所称的作品，应受法律保护。在涉及不正当竞争认定的论述⁴⁴中，法院认为，游戏规则尚不能获得著作权法的保护，并不表示这种智力创作成果法律不应给予保护。游戏的开发和设计要满足娱乐性并获得市场竞争的优势，其实现方式并不是众所周知的事实，而需要极大的创造性劳动⁴⁵。同时，现代的大型网络游戏，通常需要投入大量的人力、物力、财力进行研发，如果将游戏规则作为抽象思想一概不予保护，将不利于激励创新，也不利于为游戏产业营造公平合理的竞争环境。

在网易诉掌聚侵犯著作权、商标权及不正当竞争纠纷案⁴⁶中，关于著作权侵权的认定，法院认为，在接触过《梦幻西游》的情况下，被告在运营涉案游戏时应尽到审慎的注意义务，避免侵犯他人的合法权利，但在本案中，三被告显然未尽到上述义务。在网易公司提起诉讼后，三被告运营的涉案游戏中对部分具体细节进行了修改，但仍存在大量的相同或近似内容，同时，三被告在涉案游戏中使用了网易公司游戏的情节设计、人物关系、背景等内容，虽然由于三被告采用了文言文的形式，并对部分内容使用了同义词等进行了替换，导致三部作品的相关文字并不一致，但是上述内容应属于相同表达⁴⁷在。涉及不正当竞争纠纷的认定中，法院认为，三被告选择相同题材的网络游戏作为经营内容本无可厚非，但其在研发、运营涉案游戏过程中，通过广告等方式进行虚假宣传，侵犯了网易公司的合法权益，取得了不正当竞争利益，应当承担相应的民事责任。

4.2 美国手机游戏侵权案件裁判标准趋于严格

从国际层面上来看，以美国为例，在长达 30 年的历史中，美国联邦法院曾

44 (2014) 沪一中民五(知)初字第 22 号。

45 为了规范游戏行业的健康发展，中国软件行业协会还组织制定了《中国游戏行业自律公约》，鼓励游戏行业从业者开展合法、公平、有序的竞争。参见《中国游戏行业自律公约》。

46 (2013) 海民初字第 27744 号。

47 三个游戏中的相关表述中存在相同或类似的内容，但部分内容是汉语中的日常用语、地名，或是《西游记》等其他作品中使用过的内容，或是上述内容的简单组合，网易公司对上述内容并不享有著作权，故对其相关主张本院不予支持。参见 (2013) 海民初字第 27744 号。

给予山寨游戏开发者无微不至的关怀与庇护，令游戏产业几乎沦为版权保护的盲区。这一尴尬的局面在 2012 年发生了改变⁴⁸，Tetris 案和 Triple Town 案成为近年来手游侵权判例中的经典。

在 Tetris 案⁴⁹中，原告 Tetris 公司认为被告 Xio 所开发的手游与其拥有的电子游戏 Tetris 存在实质性相似，被告承认其借鉴了原告游戏中的许多内容，但辩称这些内容并不受到著作权法的保护⁵⁰。该案法官在具体的实质性相似判断上，采用了“抽象—过滤—对比”法⁵¹，经过对游戏具体构成要素的对比，法官认为，与游戏规则相关的其他内容可以作为游戏规则的表达而受到保护，法官以 Dr. Mario 游戏为例，证明了 Tetris 所体现的游戏机制和规则并非只有一种表达方式，进而说明了该款游戏中的表达是可以受到版权保护的。Tetris 的基础结构，如下落、调整方块方向、消除整行等内容皆不属于版权范畴，但与此同时，版权所保护的内容是一些更琐碎、更直观的游戏元素⁵²。

在知识产权 Triple Town⁵³案中，原告 Spry Fox 开发了一款名为知识产权 Triple Town 的游戏，与被告 6Waves 协商开发新系统使用版本未果，之后被告开

48 张帆：法律视角下的游戏山寨现象，载中新网：<http://game.chinanews.com/mobi/201303/0625763.html>，2015 年 6 月 1 日最后访问。

49 See Tetris Holding, LLC v. Xio Interactive, Inc., Civ. No. 09-6115, 2012 U.S. Dist. LEXIS 74463 [103 USPQ2d 1959] (D.N.J. May 30, 2012).

50 Xio relied on the fact that there was no patent or copyright covering the rules and gameplay functionality of Tetris. Since Xio had technically replaced Tetris's artwork with its own, it argued that its otherwise "wholesale copying" was perfectly legal. See Stephen C. McArthur: Clone Wars: The Five Most Important Cases Every Game Developer Should Know.

51 “抽象—过滤—对比”三步分析法是 20 世纪 90 年代初期在美国关于网游侵权案件的司法活动中逐步应用的一种分析检验方法。“抽象—过滤—对比”三步分析法的应用：第一步，“抽象”出思想；第二步，“过滤”不应保护部分；第三步，“对比”判断剩余部分。

52 从法律层面讲，构成《俄罗斯方块》版权是一些“独特的表现”，“必要场景”辩护策略才无法生效。只要 Mino “不那么像”《俄罗斯方块》，例如只需稍微调整尺寸、方块形状、颜色或提示的表现方式，都不会导致在这桩官司中败诉。张帆：法律视角下的游戏山寨现象，载中新网：<http://game.chinanews.com/mobi/201303/0625763.html>，2015 年 6 月 1 日最后访问。

53 See Spry Fox LLC v. LOL Apps Inc., No. C12-147RAJ, 2012 WL 5290158 [104 USPQ2d 1299] (W.D. Wash. Sept. 18, 2012).

发同类型游戏 Yeti Town，原告认为被告开发的游戏与其游戏之间存在诸多实质性的相似之处，因此起诉被告侵犯了其版权。此案中，法院首次超越了表面上的美术及视听表现，开始探讨游戏规则和游戏体验方面的保护⁵⁴。另外，此案特别之处在于，法官引入了“内部测试”、“外部测试”的方法对两款手游的实质性相似⁵⁵进行了判断。为确定 Spry Fox 创作的知识产权 Triple Town 和 6Waves 山寨的 Yeti Town 是否存在“大量雷同”，法院先是进行了一次“外在测试”，客观地对比了两款游戏中受版权保护的元素，判断者是法官，然后进行了一次“内在测试”，主观地比较了同样的部分，但判断者是“理论上的一般观察者——第三方博客写手”而非法官，且标准是两部作品的“整体概念与感觉”是否雷同。

4.3 加强我国手机游戏知识产权保护的建议

从行业治理的角度来讲，手游行业市场规模及发展潜力巨大，其知识产权法律保护对于行业健康持续发展具有重要意义。然而，手游行业知识产权保护非一家之力可行，构建多方参与的手游行业知识产权治理模式是维护手游行业健康发展的解决之道。

（1）建立完善的流程化维权机制。目前，多家游戏公司均建立了专门的内部律师团队负责手游知识产权的维权工作，其与公司委托的外部律所、调查公司等合作建立全天候、全平台等维权机制。专门针对 APP Store、Google Play、91 手机助手、应用宝等应用分发渠道做好侵权产品的风险排查、证据公证、通知下架等工作，必要时通过行政投诉、临时禁令、司法起诉等手段维护公司的利益。

（2）加强行业协会的自律监管。竞争有序的手游行业对于整个产业的健康

54 Triple Town 和 Yeti Town 的规则——尤其是在匹配相同图案并获得升级方面，几乎是相同的。即便 Yeti Town 在美术、音效和基础代码方面皆可以与 Triple Town 明确区分开来，法院仍然判决山寨的受害者 Spry Fox 胜诉。See *Spry Fox LLC v. LOL Apps Inc.*, No. C12-147RAJ, 2012 WL 5290158 [104 USPQ2d 1299] (W.D. Wash. Sept. 18, 2012).

55 “实质性相似加接触”分析法是在处理传统作品版权纠纷过程中建立起来的，又在计算机程序版权纠纷的处理中逐步发展，并在美国法院中普遍使用的程序侵权认定方法。

发展至关重要，行业协会作为维护行业良性发展的自律组织，在打击手游知识产权侵权的问题上负有重要职责。目前，整个手游行业缺乏行之有效的行业自律监管机制，在一定程度上致使手游行业处于行业自律真空状态。相关行业协会应尽快联合国内手游企业建立具有约束性的行业自律框架，真正发挥行业协会的自律监管作用。

（3）加大对手游知识产权的保护力度。我们建议通过修法、立法提高法定赔偿额度，加大对手游知识产权侵权的惩处力度，使侵权企业有所顾忌，有效保护正版开发者的利益。另一方面，司法实践应更多的关注手游知识产权侵权案件的特点与国内外案件的最新动态，在法律原则之下采取更为灵活的裁判方式打击侵权企业。如更多地适用临时禁令、侵权证据认定中法官在可证明事实的基础上进行合理推断，加大对竞品游戏侵权、改编游戏侵权的打击等。此外，相关政府主管部门也应推动行业协会建立侵权企业黑名单，对屡次侵权企业实行行业“禁入”。

5. 体育赛事节目版权保护的国内外差别

5.1 体育赛事节目网络直播的“冰火两重天”

当下，体育赛事节目⁵⁶的网络直播面临着“热竞争和冷保护”的冰火两重天。随着体育产业的快速崛起，“互联网+体育”的发展速度也在日益加速。互联网能够集纳大量的体育内容资源，拉近了用户与体育之间的距离，在此基础上的产业增值，无疑是体育与互联网间最诱人的化学反应⁵⁷。近些年，各大网络媒体开始争相投入巨额资金争夺体育赛事直播权利，乐视体育不断引入国内外众多

56 注：体育赛事节目，指的是广播电台电视台、网络等媒体所播放的所有以体育比赛、赛事为基本内容的节目的统称。姚鹤微，论体育赛事类节目法律保护制度的缺陷与完善[J]，体育科学，2015年第5期。

57 参见中国体育产业网：互联网成体育产业栖息和升级最佳平台 <http://sportsii.cn/cydt/1949.jhtml>，2015年3月2日最后访问。

顶级赛事⁵⁸，腾讯与美国职业篮球协会签署价值 5 亿美元为期 5 年的合作伙伴协议⁵⁹。

我们应该意识到，“互联网+”时代的体育产业，体育赛事网络直播承载的巨额利润能否实现有赖于知识产权制度的完善。但是，盗版、盗链侵权多发和立法、司法保护的滞后却将体育赛事的网络直播的法律保护降到冰点，未经授权的直播或转播体育赛事和广播电台电视台、网络等媒体播放或制作的体育赛事节目的侵权行为屡禁不止。尤其是网络时代，数字化的内容可以被完全复制并瞬时传到世界各地⁶⁰，然而，由于我国法律保护制度存在漏洞，相关权利人维权面临着法律适用上的困难。

5.2 我国体育赛事类节目保护存在的问题

首先，需要明确的是，体育赛事节目不同于体育赛事本身，体育赛事节目的制作，不仅仅包括对赛事的录制，还包括回看的播放、比赛及球员的特写、场内与场外、球员与观众，全场与局部的画面，以及配有的全场点评和解说。广播电台电视台、网络等媒体投入财力、人力、物力进行体育赛事的节目制作与直播、转播时，广播电台电视台、网络等媒体就其制作体育赛事节目并直播、转播就应享有相应的著作权⁶¹或者邻接权⁶²。但是，我国现行法律框架下，没有

58 近两年，乐视体育成功涵盖 NBA、CBA、欧洲五大足球联赛、中超等大众体育赛事；覆盖 WTA、ATP 巡回赛、高尔夫球美国大师赛等高端体育赛事。参见中国知识产权资讯网：乐视体育内容战略将引入更多顶级赛事版权 http://www.iprchn.com/Index_NewsContent.aspx?newsId=76382，2015 年 3 月 2 日最后访问。

59 See NBA, Tencent announce China digital partnership <http://www.nba.com/2015/news/01/29/nba-tencent-announce-china-digital-partnership/>，2015 年 3 月 3 日最后访问。

60 [美] 卡尔·夏皮罗 (Car Shapiro)、哈尔·瓦里安 (Hal Varian) 著，张帆译．信息规则——网络经济的策略指导[M]．北京：中国人民大学出版社，2001 年版。

61 参见 (2010) 榕民初字第 299 号；(2014) 朝民 (知) 初字第 40334 号。

62 广播电台电视台、网络媒体等对体育赛事进行现场直播或转播、或播放制作的体育赛事节目，其享有广播组织权，其有权就其节目信号获取收益，控制其信号的进一步转播，有权禁止他人未经许可转播。需要指出的是，广播组织享有广播组织权的依据在于其“播放节目”，而非“制作节目”。姚鹤徽．论体育赛事类节目法律保护制度的缺陷与完善[J]．体育科学，2015 年第 5 期。

涉及对体育赛事转播的定性及规制的规定⁶³。

其次，我国广播组织权权利内容狭窄，控制的行为十分有限，不利于对广播电台电视台节目信号的保护。根据我国《著作权法》及《罗马公约》、TRIPS协定的规定，广播组织权限于控制以无线方式进行同步转播的行为。然而，随着技术的发展，有线方式转播，尤其是网络环境下的转播行为日益兴起。现实之中，中国很多的网站就是盗播体育赛事节目信号，在网上供网民观看，但是对其加以打击和规制的法律依据却不充分⁶⁴。

最后，我国信息网络传播权未将“定时播放”纳入规制范围。近年来，对于公众只能在网络传播者预定的时间里获得特定作品内容的“非交互式”网络传播形式是否应纳入信息网络传播权保护范围，我国法院多有争议，2008年“宁波成功多媒体信息通信有限公司诉北京时越网络技术有限公司案”⁶⁵与2010年“央视国际网络有限公司诉世纪龙信息有限责任公司案”⁶⁶中，法院均认定被告的“定时播放”行为侵害了原告的信息网络传播权。但在2008年“安乐影业公司诉北京时越网络技术有限公司案”⁶⁷与“新浪网诉凤凰网中超赛事转播案”⁶⁸中，法院则认定被告的定时在线播放行为属于侵害《著作权法》第十条第一款第（十七）项规定的“应当由著作权享有的其他权利”的行为。

63 林子英：《体育赛事网络转播画面的知识产权保护》，载国家知识产权局网站 http://www.sipo.gov.cn/mtjj/2015/201507/t20150724_1149552.html，2015年8月1日最后访问。

64 北京我爱聊网络科技有限公司与央视国际网络有限公司侵害著作权及不正当竞争上诉案中，法院认为，不能仅仅因为新技术的产生或发展给权利人带来新的挑战，就超越立法时的权利边界对我国著作权法体系中的广播组织权做扩大性解释。参见（2014）一中民终字第3199号。

65 法院认为，互联网用户通过悠视网能够观看该电视剧的内容，即使悠视网的播放方式系定时定集播放，悠视网未经许可的在线播放行为亦侵犯了宁波成功公司享有的信息网络传播权。参见（2008）海民初字第4015号；（2008）一中民终字第5314号。

66 法院认为，根据现行法律规定，应当作为录音录像制品纳入信息网络传播权的保护范畴，而不应通过广播组织专有权获得保护。参见（2010）穗中法民三初字第196号。

67 参见（2008）二中民初字第10396号。

68 参见（2014）一中民终字第3199号。

5.3 我国体育赛事类节目法律保护制度的完善

首先，根据体育赛事节目的独创性高低给予体育赛事类节目著作权或者邻接权保护。在比赛直播过程中，摄像机位的选择、镜头的切换、主持人的解说、整个直播画面的编排选择，体现了直播者的选择，具有一定程度的独创性，此时，呈现在观众面前的已经不再是单纯的体育赛事画面，即赛事录制形成的画面，构成我国著作权法对作品独创性的要求，应当认定为作品，当然，应根据具体体育赛事节目的独创性高低分别予以类电影作品或者录像制品保护。

其次，确认网络媒体以广播组织权的主体地位，扩充广播组织权的权利内容。我国《著作权法》并没有明确确定在网上播放节目的主体的法律地位，并没有赋予网络电视台以广播组织权，这给网络电视台及网络媒体的维权带来了很大的困难。为了适应新技术的发展，《著作权法》应当明确网络上播放节目的主体的地位，明确这些主体同样享有广播组织权。这一规定适应了网络技术的发展，有利于打击网络上对体育赛事的盗播行为，具有合理性。

最后，应当明确将“定时播放”纳入信息网络传播权保护范围。我们认为，未将“定时播放”纳入信息网络传播权保护范围不仅容易导致司法裁判中的分歧，更不利于保护体育赛事节目权利人的权利。应当看到，认定侵害信息网络传播行为的核心在于认定侵权人通过信息网络的“提供行为”，至于播放方式是否属于定时播放，不应影响侵害信息网络传播权行为的认定，并且，随着“三网融合”的产业技术发展，广播权与信息网络传播权将会有更大的融合，并且极有可能形成同一权项，就此而言，我们应更加遵守立法原意，进行符合产业发展的释法与司法工作。

6. 云盘秒传功能挑战著作权权利保护

6.1 云盘秒传功能的技术实质及其严重危害

近年来，国内多家云盘服务提供者陆续推出了云盘秒传功能，比如百度云

网盘、360 云盘、迅雷网盘和 115 网盘等。“秒传”⁶⁹是云盘用户极其喜爱的一项功能，云盘上常见的“忽略式”上传方式，符合秒传条件的文件均能在瞬间实现极速上传。在秒传系统下，当用户上传文件 A 的时候，文件 A 会产生一个唯一的 MD5 码并与云端服务器中现存文件的 MD5 码进行比对，如果比对成功，则用户只需要复制副本保存在云盘上即可，无须重新保存文件 A。实际上，此时云盘客户端存放的只是文件名，用户下载和使用文件 A 的时候，指向的正是云端服务器中原有的文件。如果比对不成功，就去无法实现秒传，只能通过普通上传到云盘服务器端⁷⁰。为了保证实现秒传和扩大秒传文件范围，云盘服务端需要保存海量文件并多文件进行多重备份以防止单点故障。云盘服务提供者除了提供给云盘用户秒传服务之外，同时也提供文件分享功能，创建链接分享、发送给好友、发送到邮箱、分享到社区，以扩大文件的传播频次与范围。

以云计算为基础的秒传功能，一方面极大地方便了个人对作品的传播；另一方面则使得作品的著作权人难以控制他人复制其作品，面临越来越严重的侵权损害。云盘的秒传功能极大地方便了用户文件的传输，云盘服务提供者通过提供秒传服务等功能聚集了大量的用户，通过广告、会员等获取商业利益，云盘用户和云盘服务提供者都成为秒传功能的获益者。同时，不可以忽视的问题是大量的处于保护期内的音乐、视频、文学等作品毫无限制地通过秒传功能被上传到云盘上，并且通过分享功能进一步造成作品的扩散，使得作者的利益遭受极大的损害。如何平衡云盘用户、云盘服务提供者、作者三者的权利是未来的挑战。2015 年 6 月 15 日获悉，搜狐视频通过监控发现，5 月 15 日当晚其独家采购的韩剧《制作人》在网上开始出现云盘盗版，截至 5 月月底，盗版链接累计已达 2000 条⁷¹。事实上，云盘盗版已经成为目前网络盗版的集中区，优酷

69 秒传是将上传的文件与百度云端服务器中的文件进行比对，若云端存在相同文件，则百度云将直接把文件保存到你的百度云，大大节省了上传时间。参见百度云帮助中心：<http://yun.baidu.com/disk/help>，最后访问日 2015 年 7 月 20 日。

70 《百度网盘：4G 大文件高速秒传原理分析，优劣及隐患》，<http://blog.useasp.net/archive/2012/11/24/the-principle-of-high-speed-upload-with-4gb-files-in-baidu-yun-pan.aspx>，最后访问日 2015 年 7 月 20 日。

71 参见和讯科技：搜狐视频起诉云盘盗播 要求赔偿损失 200 万元 http://tech.hexun.com/2015-06-15/176736632.html?utm_source=tuicool，2015 年 6 月 16 日最后访问。

土豆、爱奇艺、腾讯视频等采购的独家影视剧均面临同样的云盘类侵权难题。

6.2 云盘用户侵权追责面临着多重现实困境

云盘用户通过云盘秒传功能上传作品并且进行分享侵害了著作权人的复制权和信息网络传播权，但是如果没有云盘服务提供者提供的秒传功能和分享功能，云盘用户的侵权行为就不能实现。秒传功能的实现至少有两类主体参与，而且缺一不可。

云盘用户在使用云盘秒传功能上传作品、下载作品和分享侵权作品时，对于上传和分享作品所导致的后果是明显的，必然会导致作品在网络上的传播，损害著作权人的利益。云盘用户对于复制和传播行为都属于明知的情况，即使适用过错原则追责也是没问题的。实际上，在美国，个人用户从网上下载侵权歌曲被公认为构成对“复制权”的直接侵权……在“A&M 诉 Napster 案”、“Aimster 案”和“BMG 诉 Cecilia 案”等一系列诉讼中，法院均确认了这一点⁷²。

但是，云盘用户数以亿计，同时由于云盘用户的注册并非采取实名注册，使得权利人无法追究具体实施侵权行为的云盘用户，或者需要耗费极大的成本，另一方面，云盘用户虽然有确定的账号，但是并不意味着使用该云盘账号的人是同一个人，这使得权利人追究直接侵权主体的责任更加困难，多数情况下权利人会转向追究提供云盘服务的网络服务提供者责任。

6.3 云盘服务提供者应为“秒传”侵权承担责任

云盘服务提供者是否应该承担侵权责任，以及应该承担何种侵权责任，应该根据其实施的行为来认定。如前所述，为了防止单点故障，云盘就需要对文件保存多个备份。换言之，云盘在保存用户上传的那份文件的同时，还可能自行实施了多个复制行为。根据前述复制的概念，云盘服务提供者的备份行为显然属于复制行为。根据《著作权法》第 51 条，复制品的制作者须证明其制作具

72 王迁. 三论“信息定位服务提供者”间接侵权的认定——兼评“泛亚诉百度案”一审判决[J]. 知识产权, 2009 年第 2 期。

有合法授权，否则应承担侵权责任。因此，在我国现行法下，云盘服务提供者的备份行为属于复制权直接侵权行为。云盘服务提供者虽然主要提供存储服务，但是存储服务只是云盘服务提供者提供的一种功能，云盘服务提供者还提供了分享服务，在线的音乐、视频播放服务以及在线文档阅读等一系列服务。云盘服务提供者提供的这些服务使其本身作为存储角色的定位已经变得非常模糊，加之云盘服务提供者对云盘用户有控制能力，使得云盘服务提供者的注意义务也相应提高。

从国内的司法判例来看，如中国大百科全书诉苹果案⁷³以及最高人民法院提审的慈文公司诉海南网通公司案⁷⁴，网络服务提供者如果不能证明自己属于提供链接、存储等服务的网络服务提供者，就极有可能被推定为内容的直接提供者而承担直接侵权责任。在云盘用户使用秒传功能上传作品并且进行分享、侵害著作权人复制权的情况下，云盘服务提供者至少要证明两个问题才有可能避免承担直接侵权的法律风险，首先云盘服务提供者必须证明自己是提供存储服务的网络服务提供者，作品的上传和分享完全是由云盘用户自主完成，云盘服务提供者不参与云盘用户的上传和分享行为，其次需要证明云盘用户的具体注册信息。实际上，目前云盘用户多数都是匿名注册，通过邮箱或者手机号就可以进行注册，这也导致了当侵权行为发生时，即使能够锁定侵权的云盘账户，也无法锁定云盘用户的实际注册人，云盘服务提供者在遭遇诉讼时很难确定云盘账号的实际注册人，同时云盘服务者在技术上也有自己复制相关作品的可能性，这样导致云盘服务提供者被推定为直接侵权的可能性增大。简言之，云盘服务提供者存在被判定为直接侵权的风险。

73 北京市第二中级人民法院（2011）二中民初字第10500号民事判决书。

74 最高人民法院提审认为，海南网通公司如欲证明该网页仅是其链接的第三方网站，其不应为该网页上的侵权行为承担责任，应提交相应的证据。在海南网通公司未提供相关证据的情况下，其关于仅提供链接服务的抗辩不能得到支持，其应对该网页上播放慈文公司享有著作权的电影作品的侵权行为承担相应的法律责任。最高人民法院（2009）民提字第17号民事判决书。



第 05 辑 法治漫谈



01 以法治为互联网创新护航

卢 卫

中国互联网协会秘书长 高级工程师

2015 年 10 月 24 日，在由清华大学法学院、中国互联网协会联合主办的第一届互联网法治大会上，中国互联网协会秘书长卢卫做了题为《以法治为互联网创新护航》的发言。以下为发言全文。

尊敬的各位领导、各位来宾，女士们、先生们：

大家上午好！

很高兴参加 2015 年第一届中国互联网法治大会，和各位法学及互联网业界的朋友们齐聚一堂，围绕互联网创新、治理等重要话题进行深入交流，对“互联网+”时代存在的法律问题展开积极探讨。在此，我谨代表主办方中国互联网协会对本次大会的召开表示热烈的祝贺！并向出席大会的各位领导和嘉宾表示诚挚的欢迎！

当前，全球互联网正处于高速发展期和创新活跃期，以互联网为代表的新一轮科技革命和产业革命深刻诠释着人类进步的征程。互联网以前所未有的速度与经济社会各领域深度融合，基础性、先导性、战略性作用日益凸显，正在成为经济社会发展最具有代表性的历史标签。自 1994 年以来，中国全功能接入国际互联网已有 21 年。经过 21 年的努力，我国已经成为全球网民数量最多的

国家、全球最大的电子信息产品生产基地，全球最具成长性的消费信息市场、全球规模最大的宽带通信网络。可以说，互联网的影响力是卓越的，成绩是显而易见的。从历史的长河来看，21年，不过是“一瞬间”。这“一瞬间”却具有化腐朽为神奇的力量。互联网深度渗透到人类生产生活的各个角落，人人有终端、物物可传感、处处可上网、时时在链接的时代正在到来。可以说，互联网重新定义了“只有想不到，没有做不到。”

顺应时代的发展，党中央、国务院提出“互联网+”行动计划、“中国制造2025”等政策措施，将“大众创业、万众创新”上升到推动经济发展的“双引擎”之一的战略高度，“互联网+”新业态呈现出一派生机勃勃的景象，“互联网+”传统产业为创新发展插上了飞翔的翅膀，中国互联网发展已经进入大融合、大发展、大变革的时期。

然而，互联网并非只有美好的一面。互联网创新与传统行业发展之间存在着冲突和碰撞，行业的创新性与监管的滞后性相生相伴，比如“微商”交易引发产品销售质量、价格与售后服务、“七天无理由退换货”执行难的问题，网上约车、互联网金融服务的规范问题，大数据挖掘会出现个人隐私保护的问题，新型的“小手工作坊”个性化产品与服务引起的纠纷问题，互联网企业之间存在不同程度的不正当竞争的问题，无人驾驶汽车使用引发的交通安全担忧及交通规则变革，等等。可以说，互联网发展引起的每一次创新与变革，法律和监管问题紧跟其后。俗话说“无规矩不成方圆”。“互联网+”时代需要创新，如何保护创新、促进创新？我有三点想法，与大家一起交流。

第一，要不断完善我国的法律体系，增强立法的时代性，为互联网创新提供制度保障。近日，浙江一名大学生因车票遗失，虽然留有网络购票记录，但是依然被要求全额补票，这一事件引发的法律问题值得思考。在乘客以实名购买电子客票的情况下，纸质票是否仍作为合同方履行义务的唯一凭证？见微知著，互联网法律制度在设计之初，或有道理。在信息共享的时代，仍沿袭旧路，值得商榷。如今，汽车变成有轮子的计算机，糖尿病患者可以佩戴计算机化的胰岛素泵，智能恒温器可以根据房主习惯调节室温，人们在网络空间的行为时时被记录，时时被挖掘。当人们在感知到互联网创新发展所带来的便利时，也

不能忽视万物互联时代的网络安全威胁、个人信息保护等问题。当前，经济社会发展进入新常态，互联网领域的法律滞后性日益凸显，需要不断完善我国的法律体系，为互联网创新提供有效保障。

第二，要积极破除行业障碍，为“互联网+”时代的创新提供宽松包容的政策环境。近期，相关部门出台《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法（征求意见稿）》，引起社会热议，备受各界关注。以滴滴、Uber为代表的共享经济，以“只求拥有而不求占用”著称。“互联网+”交通的便捷服务能够分享冗余、节约社会资源，深受民众喜爱。然而，网络约车、定制公交、拼车、顺风车等服务的规范性问题不可忽视，服务的经营范围、运行资质、交通事故责任等，有待商榷。不仅在中国，在美国，在其他国家，互联网新兴业态的监管问题都广受关注。

Uber 是一家美国公司，凭借良好的用户体验，在 5 年内服务就涵盖了全球 56 个国家、300 多个城市，却在许多地方与当地出租车司机与监管部门产生冲突。8 月份，Uber 在联邦地区法院就遭遇当地司机的集体诉讼。Uber 司机是独立承包商，还是有资格获得失业和工伤补偿、有组织工会的员工？在美国，Uber 司机的身份问题存在极大争议。由共享经济所引发“与工作场所保护相关的棘手问题”，成为了 2016 年总统大选的辩论材料。

可以看出，无论是发达国家，还是发展中国家，互联网新兴业态的发展都会遇到很多问题，有些问题还需要继续讨论，并逐步完善。社会各界需要努力营造一个宽松、开放、包容的环境。一方面，要以更加开放的心态，包容互联网新兴业态发展，放宽市场准入标准，加强事中事后监管，制定实施各行业互联网准入负面清单，允许各类主体依法平等进入未纳入负面清单管理的领域；另一方面，积极建立信用支撑体系机制，推动数据资源开放，促进产业进一步融合创新发展。

第三，要坚持稳定有序的原则，积极构建多元合作治理机制。多元合作，包括政府治理、行业自律、企业自治和消费者意识提高等诸多因素。其中，行业协会作为沟通政府、企业和网民的桥梁纽带，应积极发挥熟悉行业状况的优

势，针对具体问题研究具体方案，切实弥补“互联网+”时代法律的滞后性。

经过多年的努力，中国互联网协会已经建立 12321 网络不良与垃圾信息举报受理中心、中国互联网行业自律工作委员会、中国互联网协会互联网法治工作委员、中国互联网电子数据研究院等机构及组织，积极受理互联网领域的投诉，定期发布《中国网民权益保护调查报告》，及时保全互联网电子证据，快速化解互联网行业争议，积极开展互联网领域的前瞻性问题研究。同时，中国互联网协会调解中心积极与最高人民法院、北京、江苏、浙江、广东等地方各级法院、检察院，腾讯、360、新浪、乐视等知名互联网企业的调解委员会加强合作，在全国范围内建立诉讼与非诉讼相衔接的知识产权、民商事纠纷解决机制，为各级人民法院审理相关案件提供咨询意见，为法院审理案件提供诉讼与非诉讼相衔接的知识产权对接机制，发挥案件的调解和协调作用，取得的成绩受到了社会各方的认同与赞许。

在互联网与实体经济加速融合的大潮中，准确把握互联网这个“最大变量”，离不开规则的制定与制度的完善。弘扬法治精神和法治理念，推进“互联网+”时代的法治创新，需要社会各界的共同参与和努力。登高望远，展望未来，中国互联网协会将一如既往地搭建好行业交流的平台，洞察行业问题，汇集专家力量，广泛凝聚共识，携手产业各界，积极推进社会主义法治进程，以法治为互联网发展保驾护航。让我们共同努力，共同夯实网络强国之基，努力实现网络强国之梦。

第四，预祝本次大会取得圆满成功。谢谢大家！

02 我国网络版权司法保护的回顾与展望

蒋志培

原最高人民法院民事审判第三庭庭长

曾任金杜律师事务所高级顾问

中国人民大学、北京外国语大学兼职教授

国家社会科学基金评审专家

中国知识产权司法保护网主编

—

20 世纪 90 年代中后期以来，我国互联网信息产业的高速发展，既给版权事业带来新的发展机遇，也给版权法律保护带来新的挑战。我作为那一时期主管和长期从事审判的最高法院知识产权庭资深法官，2008 年退休后又从事知识产权法律教学和服务工作多年，一直关注和实践网络版权法律适用，见证了我国网络环境下版权法律保护从实践到理论再到实践，从无到有逐步完善升华的过程。

如今大家对在网络环境下作品或制品的使用，也属于使用的一种方式已没有争议。但在 20 世纪 90 年代末大量网络版权纠纷起诉到法院的时候，由于著作权法还未修订，信息网络传播权尚未写入法律，各方对法院是否应该保护网络著作权发生了争议。当然最终的意见是应当保护，既顺应国际经贸科技发展

建立网络法制环境的潮流，也有力促进了我国信息产业和文化产业的发展。为适应形势，最高法院依据对修改前著作权法的相关规定，于2000年12月颁布了《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》，比美国1998年《数字千禧年版权法》（DMCA）晚2年。这个司法解释共10条，主要包括：案件管辖、作品的传播权属于作者（作品数字化后著作权仍然属于原作品的著作权人，未经许可、不支付费用的上载、传播、复制等都属于侵权行为；受到侵害的可以向享有管辖权的法院提起诉讼，也可以申请各种临时措施）、转载和摘编、网络服务提供者责任承担系统以及在难以计算赔偿额时，侵犯网络著作权最低赔偿额是500元，最高是50万元，等等。该司法解释初步解决了网络环境下的著作权保护问题，开创了我国网络版权法律保护的先河。

该司法解释解决的当时最为疑难和颇为成功的法律适用问题，就是网络服务提供者对他人使用网络服务中的侵权行为是否和应当承担何种民事责任问题。这也是我作为主要起草者的最为得意之笔。该司法解释确立了我国网络服务提供者侵权民事责任承担系统，既借鉴了欧盟、美国发达国家和地区的有益经验，又主要考虑从本国国情出发；既保护著作权人的权利，又考虑社会公众获得信息的权利。就这样，网络著作权保护先从司法审判开始，最后导致《著作权法》的修改和《信息网络传播权保护条例》的出台，符合实践在前，立法在后的规律。然而，随着网络技术和附加服务的发展和开拓，新问题不断出现，在司法实践和理论研究中，有关网络服务商责任的讨论一直不断。这些讨论往往又关系到网络信息业和版权产业的发展，以及社会公众的利益，我们不得不给予更多的关注。

2001年我国对《著作权法》进行了修改，肯定了信息网络传播权，承认网络传播是一种使用方式，并授权国务院制定相应的条例。这是涉及网络著作权的基础性重要立法。由于新修改的部分只有几个条文，比较原则，也未涉及纠纷中大量法律适用的具体问题。2003年12月最高法院根据《著作权法》的修改和审判实践做出了《关于修改〈最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释〉的决定》，使网络环境下著作权司法保护机制日臻完善。

根据修订后《著作权法》的规定，此次对司法解释的修改将法定赔偿额改成 50 万元以下依法确定，取消最低赔偿额的规定，增加保护技术措施的规定（网络服务提供者明知上载、传播、提供专门用于故意避开或破坏技术保护措施，要承担民事责任）删减《著作权法》经修改已经明确的一些规定。这次修改后司法解释还剩 9 条。

《信息网络传播权保护条例》（以下简称《条例》）颁布实施后，最高法院于 2006 年 12 月对司法解释进行第二次修改，删除该解释的第三条，不再保留将《著作权法》报刊转载的规定适用到网络环境条件下的纠纷案件¹，该司法解释剩了 8 条。这样，我国在网络环境下涉及著作权保护的法律适用依据基本完善，既有全国人大常委会制订的《著作权法》，国务院颁布的《信息网络传播权保护条例》，还有最高法院就网络著作权纠纷案件适用法律做出的司法解释以及大量案例。应当说，是有法可依了。

《条例》实施后，处理相关纠纷中如何适用法律就成为更为突出的问题。最高法院明确要求《条例》有明确规定的，严格适用《条例》的规定，比如对搜索引擎、链接等问题。《条例》没有规定的但诉讼涉及的法律问题，应当严格适用相关的司法解释和修改后的网络著作权司法解释，比如关于管辖、网络服务商的法律责任和承担民事责任形式等。对 2006 年 7 月 1 日《条例》实施以前符合转载摘编条件的作品（排除软件、电影、小说等），支付报酬、注明作者和出处不作为侵权处理；对《条例》实施以后，行为人未经许可转载摘编即使支付了报酬也会被认为是侵权，要依法承担民事责任。

这以后，我国网络服务与版权创意文化产业逐步加速发展。（到 2014 年 11 月，已拥有互联网网民 6.4 亿人、移动宽带用户 5.3 亿人，手机用户近 13 亿人；互联网普及达人口一半以上。）中国推荐的 TD-SCDMA 和 TD-LTE 分别成为国

¹关于将报刊转载的规定适用和取消适用在网络环境下，既具有必然性，又具有极大的偶然性。这不但有立法机关、行政机关与司法机关对此问题的沟通与协调，也有人们对外来版权立法的敬畏，以及当时互联网企业还刚刚上路，文化产业发展还没有如火如荼有关。很值得记载、回味和研究，个中偶然性似还有一段“公案”，在此不再赘述。

际移动通信第三代、第四代主流技术标准；宽带网络覆盖全国。我国已经成为全球网民数量最多的国家，全球最大的电子信息产品生产基地，全球最具成长性的信息消费市场。互联网企业的资本发展也令人吃惊，其上市企业市值突破3.95万亿元人民币，阿里巴巴、腾讯、百度、京东4家企业进入全球互联网公司10强；信息消费快速增长，达到1.9万亿元人民币，较前同期有近20个百分点的增长。与此同时，更多网络版权纠纷和法律适用新问题，摆在了人民法院面前。

更多的网络著作权纠纷审判实践和网络乱象，催促最高法院在此着手修改、起草制定新的司法解释，以解燃眉之急。2013年1月最高法院《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》开始实施。该司法解释实际上是最高法院对有关网络著作权司法解释进行的第三次修改，并在前述网络著作权保护相关立法和司法解释基础上，针对司法实践中的一些新问题重新起草而成；也是人民法院对网络版权司法解释第二次修改6年来的经验总结。该规定在法律适用上有4个亮点值得关注，即从发展着眼，客观界定信息网络定义与范围；从定性入手，清晰规范网络提供行为的侵权属性；抓住网络侵权的主要问题，明确了网络服务商的间接侵权责任；从实践出发，尝试对网络服务商的过错做出具体界定。分述如下。

1.1 对信息网络的概念和范围进行了更科学完善的界定

该规定的第2条开宗明义，本规定所称的信息网络，包括以计算机、电视机、固定电话机、移动电话机等电子设备为终端的计算机互联网、广播电视网、固定通信网、移动通信网等信息网络，以及向公众开放的局域网络。这样就涵盖了保护网络传播权实际运行的全部网络，对过去法律适用中因“网络范围”模糊不清而造成执法困难的问题，予以较好的解决。这对于涉及网络运行行业的自律和对权利人网络环境下著作权的充分保护问题，都具有重要意义。

1.2 清晰界定了“提供”行为的网络侵权行为属性

该规定对未经权利人许可通过信息网络提供作品、表演、录音录像制品行

为，除法律、行政法规另有规定外，清晰界定为侵害信息网络传播权行为。过去对提供并没有具体的法律界定，造成理论上争论不休，也给实际执法带来困难。该规定第三条明确界定，通过上传到网络服务器、设置共享文件或者利用文件分享软件等方式，将作品、表演、录音录像制品置于信息网络中，使公众能够在个人选定的时间和地点以下载、浏览或者其他方式获得的，应当认定为提供行为。清晰地界定提供行为，对准确认定侵犯网络传播权行为和追究提供行为人的法律责任提供了坚实的基础。

1.3 明确规定了网络服务商的两种“间接侵权”行为，即教唆、帮助行为

网络服务提供者在提供网络服务时教唆或者帮助网络用户实施侵害信息网络传播权行为的，该规定在第七条规定应当认定为侵权行为，须承担侵权责任。但何为网络教唆行为或者帮助行为，过去并没有更具体的规定。该规定此次在第七条的第二、第三款对网络教唆和帮助行为专门做了规定。网络服务提纲中以言语、推介技术支持、奖励积分等方式诱导、鼓励网络用户实施侵害信息网络传播权行为的，认定为构成教唆侵权行为；网络服务提供者明知或者应知网络用户利用网络服务侵害信息网络传播权，未采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，或者提供技术支持等帮助行为的，应当认定为构成帮助侵权行为。

1.4 对网络服务提供者实施被控侵权行为时过错的认定

网络服务提供者对网络使用者涉嫌侵权的行为明知或者应当知道与否，是网络服务提供者是否承担法律责任的要件之一。对涉嫌侵权行为的明知与应知的判断，其实就是对网络服务提供者对他人实施侵权行为自身过错的判断。这是实践中由于标准不具体、不统一发生争议最大的问题之一。此次在总结审判经验的基础上，该决定利用较多的条款试图具体诠释网络服务提供者具有或者不具有主观过错问题。这些具体诠释基本分为以下四个方面。

（1）侵权行为的“具体事实是否明显”，比如基于网络商服务的性质、方式及其引发侵权可能性，应当具备的管理信息能力；传播作品、制品的类型、知名度及侵权信息的明显程度；是否主动对作品、制品进行了选择、编辑、修改

和推荐等；是否积极采取了预防侵权的合理措施；是否设置了便捷程序接收侵权通知并能对其做出合理反应；是否对同一网络用户重复侵权行为采取相应合理措施；其他相关因素。

（2）对热播影视作品以设置榜单、目录、索引、描述性段落、内容简介等方式推荐，公众在其网页上通过下载、浏览或者其他方式直接可以获得，应当认定其应知侵权行为。

（3）从网络用户提供的作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益，应当认定其对侵权行为负有较高的注意义务。对特定作品、表演、录音录像制品投放广告获取收益，或者获取与其传播作品等存在其他特定联系的经济利益的，认定为直接获得经济利益；收取一般广告费、服务费等，不属于本款规定的情形。

（4）接到权利人以书信、传真、电子邮件等方式提交的通知，未及时采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施的，认定其明知相关侵害信息网络传播权行为。

该司法解释解决了司法实践中一些新出现的法律适用难题，操作实用性较强。总体来看，其内容以及实施的说明，在理论层次上尚待清晰，对一些重要网络版权法律适用原则，尚缺更多的提点和诠释；在立法基本完善的基础上，该司法解释一些内容又难免规定得过于细枝末节，一些具体案件的痕迹嫌重；还有完善提升一步的余地。这就是给事后司法实践和相关理论探讨留下的任务，有的还是各说各话。

二

在网络环境下版权问题突起的近一二十年间，学术界和法律实务界很多争论的问题都源于对美国一些判例的理解（也包括对欧盟指令的一些条文的理解），然后来比对我们的制度和实践。但是对国外一些案例与司法审判取向的介

绍，往往不是更加专业与客观，常使我们不能更确知自己的位置和应采取的政策取向。面对这样一个强势的研究趋势，为说服他人，也不得不先对学术和实务界不断讨论的根源，以及美国不断发生的一些判例和间接侵权制度的理解做一个简单的分析，然后反过来再对我国网络著作权司法现行制度和未来发展趋势做分析。

多年来，似乎争论最多的问题就是关于网络服务商的责任等以及相关的举证责任等问题。法律责任界定或者法律适用的导向和界限不清，也是制约企业和互联网事业发展的瓶颈之一。美国的《数字千禧年版权法》（DMCA）规定了涉及网络服务商的避风港原则，也使该项原则在规制我国网络秩序时变得闻名遐迩。但是美国网络服务商著作权责任当中援引避风港原则或者安全港原则，有更长的法律渊源。换句话说，当中蕴含着更深和符合逻辑以及法律适用的传统原因。

过去在笔者的研究中，并没有特别关注到美国的一些网络著作权案例的法律适用，竟然平移了美国专利法的一些原则，并且这些原则的内容具有笔者上面提到的美国法官的智慧和特定传统，以及对新的法律适用问题的大胆和审慎，这就让我们更加全面地理解互联网著作权案件审判中的网络服务商的责任，对我们规范快速发展的互联网纠纷司法出现一些学者称为“乱象”和浮躁的状况，治理和规制网络环境下的著作权环境具有借鉴作用。

2.1 美国法院审判的几个涉及网络服务商侵权责任的案例

（1）美国最高法院审判的 Sony Corp. of Am. V. Universal City Studios, Inc.等。

1984年美国最高法院审判的 Sony Corp. of Am. V. Universal City Studios, Inc.案，这个案件审判借用了美国专利法第 271 条 c 项“商业上主要商品原则”，法院确认产品或服务“只要其被广泛用于合法、不会被反对的用途上，就不会成立辅助侵害责任。只须具有可从实质上非侵权使用的能力即可”。这就是安全港原则在网络版权案件适用的最初最有名的案例。自此后，在具有案例法传统的美国，法院在分析著作权法间接侵权责任时，都以此著作权安全港原则

(Copyright Safe-harbor Rule) 作为判断标准。

索尼案件的大体情况：在索尼案中，原告版权人声称索尼公司——录像机的生产商应该为录像机的所有人对受版权保护的节目录像而承担协助侵权责任。证据显示录像机的最主要用途是“时间转换”(otime-shifting)，即为了在后来更方便的时间观看节目而进行录制。

经过审判后法院认为这是合理的、非侵权的用途。而且，没有证据显示索尼公司有意违反版权法而推出录制这项功能，或采取积极行动通过非法录制来增加其利润，法院并没有发现索尼公司有故意诱导的主观意图。法院认为，具有实质性(substantial)非侵权用途的产品销售者，不能仅仅因为其销售了该产品而承担次级侵权责任。该推论借助了专利法中传统的“通用物原则”。按照这一原则，被告如果销售可用于侵犯专利权的部件，当该部件可以实质性地用于非侵权目的时，被告的行为不构成侵权。

美国法官在本案中强调“仅知道潜在的或实际的侵权用途不足以使销售者承担责任”。最后，美国最高法院也明确拒绝了版权所有人对“侵权用途”和“非侵权用途”两者做“更为量化的描述”，以明确可能发生责任的临界点的请求。

(2) 美国联邦最高法院审判的 Grokster 案件。

2005年6月27日，美国最高法院对争论已久的MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd.案做出了判决。九位大法官一致同意，两被告Grokster和StreamCast应该为他们的P2P软件承担协助侵权责任(contributory infringement)。这是美国在网络环境下版权保护具有重大影响的案件，也是为我国学者常常引用的案件。

美国最高法院在该案审判的最后总结中指出：“通过对被告明确的示意及其采取的积极行动的考察，发现其有鼓励侵权的意图，那么被告的目的就是为了通过促进对其产品的使用来侵犯版权。在这种情况下，被告就应该为第三人使用其产品而导致的侵权活动承担责任，而不用考虑产品的合法用途。”美国最高法院强调，“在缺乏能够证明被告主观意图的其他证据的情况下，如果产品具有非实质性的侵权用途，法院不能仅根据被告未能采取积极措施来防止侵权就

认定其协助侵权的成立”，但是，“如果发现被告有鼓励侵权的意图……就不用考虑产品的合法用途”。为达到此目的，原告必须证明被告有旨在诱导侵权的“故意的、不道德的言语和行为”。

美国最高法院在本案的审判中，设立了一种被学者评价为新的间接侵权形态：诱引侵权责任。该判决明确指出：设备之提供者，经其明确的表达或其他促进侵权之积极行为的展现，证明其系以促进该设备之使用以侵害著作权目的而散布该设备者，应为他人之侵权行为负责。该案的判决书指出：“为顾及著作权保障与科技创新间的平衡，单就知悉该设备具有侵权使用的能力，或趋使知悉有侵权使用的能力，并不足以加诸设备提供者的侵权责任。”还指出被告所涉及的“最典型的引诱的例子就是以广告或推销手法，宣传蓄意刺激他人犯罪的信息”。

（3）Grokster 案前、案后的两个案例。

美国最高法院受理 Grokster 案件其实也是有背景的，原因之一就是在地方巡回上诉法院间对 Sony 案件最高法院判决出现了不同的解读，呈请对安全港原则的适用恐怕也是最高法院选择受理此案的动因之一。

在 Grokster 案件之前，美国第九巡回上诉法院审判的 Napster 案件，该案件事实与 Grokster 案件事实相似，不同点在于 Napster 案所使用的档案分享软件要经过中央服务器，法院因此认定 Napster 符合“知悉”、“实质上帮助”等辅助侵权的要件，也就对使用者具有“管理监督的权力与能力，又获得直接经济利益，应负代理侵权责任。两年后，第七巡回上诉法院审判 Aimster 案件，与 Napster 案件事实相同。法官 Poster 认为第九巡回上诉法院认定明知侵权就认定辅助侵权错误。他认为，当某种商品或者服务具有侵权与非侵权用途，所占比例是判断辅助侵权成立与否的重要指标。非侵权多于侵权时才可以适用 Sony 安全港原则。Sony 案件确立的安全港原则在这里应当被限缩。这是受理 Grokster 案件的重要原因。

最高法院指出第九巡回上诉法院误解 Sony 安全港原则，并不是“具有可从事实质上或者有其他商业上显著利益的非侵权使用的能力，商品的提供者就

可以排除辅助侵权责任”。Sony 案的审判主旨在避免仅就系争商品的设计、提供者知悉该商品被用来侵权，就推定提供者有侵权意图而负担辅助侵权责任。但最高法院该判决并没有展开对安全港原则适用的解释，反转而借用了美国专利法的诱引侵权原则，做出了构成诱因侵权的判决。与当时各界对美国最高法院的期待颇有差距。

（4）援引 Grokster 案件的 BitStream 案件和 Perfect 10 与 Visa 公司、银行等的案件。

BitStream 案件是 Grokster 案件后第一个遵循该案见解的案件。审判案件的法院否认被告的侵权意图而驳回原告请求。Perfect 与 Visa 等的案件，第七巡回上诉法院被告无实质帮助该侵权行为，驳回原告信用卡和银行帮助被告处理侵害其著作权的信用卡付费事宜。

（5）YouTube 案件。

2010 年 6 月美国纽约联邦地区法院的法官 Louis Stanton 对 YouTube 一案做出判决，在此起案件中，Viacomg 公司诉 YouTube 公司的网络提供以百万计的视频片断侵犯其著作权，判决却驳回了原告的诉讼请求。

Youtube 公司受美国《数字千禧年版权法》规定的避风港原则的保护，理由是文件系由用户上传，且该公司接到版权人请求后，及时删除了相关文件。法官还认为 YouTube 不属于明知而仍然提供上传、存储、复制和传播服务的 ISP。虽然 YouTube 的经理们大体知道侵权无处不在，但是这并不使 ISP 有义务去监督、检索侵权作品；大体知道侵权无处不在的 ISP，也可以被动等待版权人发来撤销侵权作品的请求，而不需要主动甄别和删除侵权作品。

《数字千禧年版权法》的撤销通知很有效，本案中，原告用几个月时间甄别出 10 万多个侵权视频作品，并打包给 YouTube 公司请求删除；第二个工作日 YouTube 公司就完成了删除工作，YouTube 公司不需承担法律责任。对 YouTube 公司应当承担引诱侵权法律责任的请求予以驳回，认为该公司接到通知后删除了有关侵权文件，而且原告公司总法律顾问曾在电子邮件写道“YouTube 与 Grste

的区别令人震惊”。支持 YouTube 公司的主张，网站没有能力知道哪个视频片段侵权，不能确定特定作品的许可、合理使用、侵权状态；本案原告也在 YouTube 上传了大量作品，而且撤销了 250 个作品的侵权的指控，因为其中一些是原告自己上传的。

2.2 美国法官“造法”中的间接侵权责任

（1）美国著作权法明文禁止直接侵权行为。

我国法律法规和司法解释对直接实施的法律规定的侵权行为，也都明文规定要承担侵权的法律责任，民事、行政法律责任，甚至刑事法律责任。在这个问题上尊重著作权的国家包括中美两国的法律基本都是一致的，并无什么争议，问题发生在对间接侵权的责任承担上。

（2）关于美国的间接侵权责任。

美国法的间接侵权责任，来源于美国习惯法（Common Law）上的侵权行为法（Torts）。实践中其目的用于规制和处罚帮助、教唆、煽动他人实施侵权的行为及行为人。后来出现的美国专利法，被用来规制辅助侵权行为（Contributory Infringement）。Sony 案借用专利法“商业上主要商品原则”的理论，判决案中被诉请的辅助侵权不成立。在美国著作权法领域间接侵权责任的种类有以下几种。

（1）辅助侵权责任（Contributory Liability），其成立的要件包括：①直接侵权行为发生为前提。②行为人须知悉直接侵权行为发生。③实质上帮助直接侵权行为。第二要件的知悉是指主观上知道和应当知道；第三要件的实质上帮助，包括提供场所或者设备。

（2）代理侵权责任（习惯法的雇主责任），其成立的要件包括：①直接侵权行为发生为前提。②代理侵权人因直接侵权行为获得经济利益。③对直接行为人负有管理监督的权利与能力。其对某一具体行为不必知悉，但其有管理监督之责，或从中获益。

（3）诱引侵权责任，这是后来最高法院新增的间接侵权责任形态。1952 年

专利法修正案前，诱引侵权没有独立于辅助侵权之外的侵权形态，或为判断辅助侵权的要件之一。专利法修正案分写于第 271 条的 b 与 c。该法律责任平移至著作权法律领域适用时，美国最高法院特别提出，若系争设备具有实质上非侵权的用途，则在无其他可证明意图的证据情况下，法院不得单就行为人未积极地防止侵权的行为，即判定其应负辅助侵权责任，否则将践踏 Sony 安全港原则。

诱引侵权责任的构成要件包括：故意的（取代 Napster）；可责性（促使侵害著作权行为）的意思表示和行为（未积极排除、减少）；有收益包括被指控行为的广告收益。在 Grokster 案件中，法院强调：其非法目的清晰可见；使用者直接侵权证据确凿（法院推定前 Napster 的使用者大多使用 Napster 非法下载）；Grokster 曾针对 Napster 的使用者群宣传其有相同功能、使用分享软件；刺激他人侵权犯罪。

2.3 美国法院间接侵权责任适用的趋势

美国法院对间接侵权责任的适用，呈比较谨慎的趋势，有以下三点特征。

（1）对诱引侵权责任适用的谨慎。

上文介绍的 Monotype Imaging 与 Bitstream 以被告广告宣传其软件“可与各种字形相容”构成诱引，但法院援引上案例主张仅推广其产品的功能而非鼓励侵权，因而侵权证据不足，Perfect 10 与 Visa 公司及数家银行信用卡帮助侵权案，法院经审理认为构成著作权侵权来源于未经许可散布的作品，并不是处理有关付费事宜，其无引诱、无实质的帮助，不构成间接侵权责任。

（2）坚持而未放弃“安全港”原则，将此作为著作权侵权案件维持科技中立原则的最后堡垒。

在涉及“安全港”原则的法律适用和学理讨论中，安全港原则始终被遵守和坚持，成为变化甚微的主流趋势。其原因主要是两个，一是对著作权的保护要与社会公众获得信息权利的保护求得平衡；二是当扩充对著作权人进行保护的“武器”范围和类别时，要替发展新兴的创新科技企业设置这个“安全港”

堡垒。这一趋势在发达国家和成熟市场经济国家并没有终止，而是延续。可见，对知识产权的依法严格保护，市场规则更加规范的市场国家，为了维护不断的创新发展，仍然设置和保留一些法律制度来保持一定的平衡。至于主张为了扩大著作权合理、公平使用的学说和论证，则伴随着对版权强保护的潮流一直绵延不绝时有扩大的趋势，在此不做赘述。

三

网络环境的法律规制是一个复杂的问题，涉及多个领域多个方面，知识产权问题只是其中之一。不过网络知识产权保护有很多自身特点，且总是不断出现新问题，又引起国际的广泛关注。所以对于网络知识产权特点的总结和研究，是对未来网络法律规制进行预测最好的办法之一。网络知识产权纠纷主要有四个特点。

首先，纠纷增长迅速。从 20 世纪 90 年代以来，互联网知识产权纠纷中著作权和邻接权纠纷增多。如 2009 年全国各类知识产权案件一共是 24 000 多件，而其中著作权纠纷案件是 10 951 件，比前一年增长了 50.78%。在这部分案件中很主要的一部分都涉及互联网，也正因为涉网，则出现共同诉讼甚至集团诉讼；著作权案件数量的增长速度才会如此之快。2014 年，全国地方人民法院共新收和审结知识产权民事一审案件 95 522 件和 94 501 件，比 2013 年分别上升 7.83% 和 7.04%。其中，新收著作权案件 59 493 件，同比上升 15.86%；法院审理的著作权案件约占全部知识产权案件的 60%（2013 年全国法院新收知识产权民事一审案件 88 583 件，其中著作权案件 51 351 件），其中网络著作权案件约占全部著作权案件的 50%。

其次，信息文化等产业增值服务发展快，但政策界限有的还不清晰。较多的诉讼争议发生在信息和文化产业领域，多数诉讼涉及视频分享网站、数字图书馆、搜索引擎和 P2P 平台等新出现的技术和新商业模式增值服务项目。这些互联网信息和文化产业增值服务快速发展，但在实际运营工作中一些法律政策

界限尚不够清晰。

再次，同一原告诉众多被告和众多原告诉同一被告关联度高、主体复杂的案件频繁出现，所占比例增多。这类纠纷一般会涉及网络信息服务、电影、音乐等规模较大的行业、产业，且会涉及跨国公司以及国内互联网行业的超大公司。

最后，法律适用问题多，争议大、挑战性强。十多年过去了，有些网络法律适用的基本问题仍存有较大争议，比如网络传播的概念、网络侵权的构成和侵权归责原则适用等。在法律法规界定尚不清晰、法律适用理论欠缺存有争议的情况下，司法裁判和个案判例，不断界定一些标准和原则，对产业的影响很大，有的作用甚或法规，“成也萧何，败也萧何”。

在某一特定的领域研究问题、制定法律和法律适用，总是从界定所调整法律关系最基本的范畴和概念入手的。国际间在这些基本问题上，通过理论研究和交流、国际条约或公约的订立和司法判例也求得核心理念的一致或者约定俗成。

根据我国《著作权法》第10条“信息网络传播权”的规定，法律界定的信息网络传播行为，是指以有线或者无线方式向公众提供作品，是公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的行为。其核心的含义是利用互联网的提供行为，不是利用其他方式的提供；不在于受众以何方式、时间段获得或不获得，而在于提供导致了可以获得的状况；是构成与复制程度相同的提供，不是与离开复制行为甚远、性质不同的提供行为。以有线或者无线方式向公众提供作品，除去法律已经界定清晰的其他作品的使用方式外，符合逻辑的得出是将作品上传至向公众开放的服务器，使公众能够在其选定的时间和地点登录服务器获得作品的一个行为系统。

在这个行为系统的基础上，法律又构建了与侵犯网络传播权的共同侵权的法律责任制度。这包括对侵犯网络传播权的帮助、教唆行为等的连带侵权责任。在法律适用过程中，不应当违背为我国法律所肯定网络传播的基本含义以及侵权责任系统的规定。例如我国立法和司法实践，并没有将最基本的搜索引擎、网络链接等方式等同于网络传播行为，未经许可搜索、链接到他人作品以及搜

索、链接侵犯他人作品著作权，不作为侵犯网络传播权行为追究，但是它们在一定条件下仍可以作为侵犯网络传播权行为的共同侵权行为来追究。这与国际上的立法和司法的基本原则和趋势是一致的。即使对他人传播行为提供平台上载传播的网络服务商，也给予避风港的庇护，利用“通知删除”制度的创设来达到各个权利义务主体的利益平衡和侵权责任的追究。后来随着信息服务业的发展司法实践中出现的“快照”、“编排”搜索榜单甚或提供编排说明等，被认定为未经许可实施了网络传播行为而侵犯网络传播权承担了民事责任。

因此，前述不断涌现的各类网络纠纷催生和引发了一些对新问题的探讨以及对老问题的新探讨。比如有了国务院条例和最高法院司法解释之后，网络服务商的责任适用仍一直在讨论。原因不外是由于技术的发展，服务方式在不断地变化和提升，从而引发了新问题。网络问题是 20 世纪 90 年代在中国逐步发展起来的，随着信息业的发展，其中的法律保障和规制问题也就凸显出来。发展到现在，人们对其认识也“螺旋型”上升，网络服务业者勇敢地走在信息技术和经营的第一线。他们在网络市场经济当中追逐利益，追逐为社会服务，追逐为广大网民服务，这种精神是值得敬佩的。但是在市场中，任何主体都离不开社会规范和法律的调整，人们不能永远地自行“善良”。在你“善良之心”不断地培养、运作、发扬的时候，社会的法律、社会的规范也要跟上，只有这样互相运作，才能达到一个真正的法治社会的效果。另外网络从业者、执法者和中介服务也发生不断变化。有些经验年老的已经退出不执业了，年轻的岗位也在变动。所以很多知识、认识与理解都需要更新、深入，大家还得重新学习。技术和经营模式的不断发展变化，使得一些网络法律适用基本问题仍然在不同层面和深度进行讨论，规范主体行为和关系的法律法规也不断在发展变化。

3.1 关于信息网络传播行为的判断

关于是否构成信息网络传播行为的判断应适用何种标准，实践中有不同观点：一种是客观标准，即服务器标准；另一种是主观标准，即用户感知标准。客观标准认为，通常应以传播的作品、表演、录音录像制品是否由网络服务提供者上传或以其他方式置于向公众开放的网络服务器上为标准。主观标准则认

为，因为用户可以直接在设链网站上获得相关内容，设链网站的服务形式使用户认为是该网站在提供信息。因此，应视其为直接的信息网络传播行为。如今要特别感谢北京知识产权法院通过个案澄清了多年来在本问题上的分歧意见，归纳释明了立法和最高法院司法解释对此规定的本意，并以（2015）京知民终字第559号终审判决书做了概括：“本院认为，无论是基于对《著作权法》第10条第（十二）项立法渊源的理解，还是基于司法实践中的做法，对于信息网络传播行为的理解均应采用服务器标准，而非用户感知标准。”这足以使人民法院的网络司法水平和法律适用清晰度提升了一大步。

3.2 网络技术、设备服务提供行为的法律性质及服务提供者的过错判断

关于网络技术、设备服务侵权行为的法律性质，有的借助英美法中的直接侵权、间接侵权理论，认为服务提供者构成的是间接侵权，有的主张网络服务提供者应承担补充责任，还有观点认为网络服务提供者应承担共同侵权责任。我国相关民事法律没有确立直接侵权、间接侵权制度²。补充责任是一种主从责任形式，当主责任人不足以清偿全部债务时，由次责任人对不足部分承担补充性清偿责任。

《侵权责任法》在第37条规定了补充责任，针对的是安全保障义务人未尽到安全保障义务的情况。而在侵权责任法中涉及网络著作权的规定是第36条，该条规定很明显已经排除了“补充责任”的适用。根据我国民法通则、《信息网络传播权保护条例》（以下简称《条例》）及相关司法解释，应当适用共同侵权制度来调整网络服务提供者利用其设施、技术帮助、参与网络信息传播的行为。

无论是一般民事案件还是网络著作权纠纷案件，也不论是针对内容服务提

² 在我国学理中直接、间接侵权的划分早已有之，但我国立法中并无直接侵权和间接侵权的区分。故有凡法律规定的侵权行为都是“直接侵权”的说法。然而，最高人民法院关于网络若干问题的规定（网络著作权司法解释第三次修改）却破天荒第一次在最高法院司法解释中明文表述了直接侵权与间接侵权的规定。是有意创新，还是对立法与司法解释理论和惯例掌握不尽熟练，不得而知。但此事并无人从这一角度思考与质疑，关系似乎不大。

供商还是技术设备服务的提供商，在法律人看来，在法律责任的天秤上，一边是“出版社”，一边是“电话局”。经过专业培训的专职编辑，对被审查对象的书籍来说，以编辑代表的出版社的法律义务和责任最重，以电话接线员为代表电话局的法律义务与责任最为轻微。一部作品是侵权的，以不同方式传播它的出版社或者电话局被投诉到法院，出版社一定要作为被告，而却罕有把电话局也作为共同被告追加进诉讼中的。在作为传播方承担义务责任这一链条中，由两端往中间靠，从编辑到接线员，其间还有承载网络传播功能、实施传播行为各不相同的各个主体。从各类接线服务，到各类内容服务……附加服务功能性不同，其靠近责任链条的那一端责任就往那边靠。如果等于或大于出版社的编辑了，责任就如同出版社（共同连带）了，反之亦然。网络服务提供者属于“出版社”到“电话局”这一责任链条中一个责任主体，其行为越靠近出版社的编辑，其责任越大；越靠近电话的接线员，其责任越轻甚至没有责任。这应该是一种法律人对法律责任设置的思考方式：要依照法律规定区别其行为的性质，然后判断是否存在义务，法律责任是否应该承担。

涉及网络著作权的侵权，是一种过错责任；行为人主观存在过错是其承担责任的要件之一。在适用合理标准判断网络服务提供者是否具有过错时，则应注意把握两点：一是过错的判断应与特定的作品相联系，避免仅仅从网站经营模式出发推断服务提供者存在过错，导致阻碍互联网行业的发展；二是过错的判断应注意把握网络本身的发展规律和特点，不应对提供技术、设备服务的网络服务提供者施加事先进行过重的主动审查、监控的义务。

3.3 关于侵权责任构成要件与免责条件的关系

不论是一般民事案件还是网络著作权纠纷案件，也不论是针对内容服务提供商还是技术设备服务的提供商，认定被控侵权者是否构成侵权并承担赔偿责任，应当坚持民事侵权构成要件的要求，应当考虑其是否具有过错。权利人的通知未包含被控侵权信息的网络地址，但网络服务提供者根据通知提供的信息对被诉侵权的作品、表演、录音录像制品能够足以准确定位的，可以认定权利人提交的通知已经属于“确有证据的警告”。

对于如何认定对被诉侵权的作品、表演、录音录像制品“足以准确定位”，应当考虑网络服务提供者提供的服务类型、权利人要求删除或断开链接的文字作品或者表演、录音录像制品的文件类型以及作品、表演、录音录像制品的名称是否具有特定性等具体情况认定。如权利人通知的内容属实，可以认定网络服务提供者存在过错，对损害的扩大部分应承担相应的法律责任，这一点与《侵权责任法》第36条是一致的。

关于如何确定网络服务提供者及时删除或断开链接的“合理期限”，由于服务性质、作品性质、通知内容等不同，不宜统一规定一个明确的期限，而是根据权利人提交的通知的形式、通知的准确性、通知中涉及的文件数量、删除或者断开链接的难易程度、网络服务的性质等因素综合认定。

3.4 “避风港”原则的法律体现与运用

“避风港”原则的条款最早来自美国1998年制定的《数字千禧年版权法案》(DMCA)。“避风港”条款是指在发生著作权侵权案件时，当网络服务提供商只提供空间服务，并不制作网页内容，如果网络服务提供商被告知侵权，则有删除的义务，否则就被视为侵权。如果侵权内容既不在网络服务提供商的服务器上存储，又没有被告知哪些内容应该删除，则网络服务提供商不承担侵权责任。避风港原则包括两部分，“通知+移除”。我国《侵权责任法》第36条第二款规定了针对网络侵权行为的“通知—移除”规则。

我国《信息网络传播权保护条例》对网络环境下的“通知—移除”规则做了进一步具体规定。该规则的核心在于，一方面明确网络服务提供者的责任界限，不使其承担过高的注意义务，使其摆脱突如其来的诉讼纷干扰。“避风港”提供这样一个法律的港湾，当实践中囿于海量信息造成网络监控的困难，给予一个“豁免”：网络服务提供者的义务只要把这些东西及时拿掉，同时提供这些侵权人的信息来源给权利人，则不承担侵权责任。但如果违反这个底线，责任则可能加重，或许承担侵权赔偿责任。另一方面，在于给权利人提供一个及时获得救济措施的渠道，通过“通知—移除”的方式快速获得救济，防止侵权行为继续。这一规则对于平衡权利人、网络服务提供者和网络用户的利益至关重

要，在网络著作权保护中发挥了积极作用。

对于涉及电子商务平台服务提供者的侵犯商标权、专利权行为，如何适用“通知—移除”规则还需要继续探索和研究。存在的主要问题在于：一是该规则难以适用。除网络著作权领域外，对于电子商务平台上发生商标侵权或者专利权侵权行为，如何具体适用该规则缺乏明确规定，电子商务平台服务提供者在接到被侵权人通知后往往无所适从。二是该规则仅有“通知—移除”程序，缺乏相对应的“通知—恢复”设计，网络商户的利益难以保障。根据该规则，被侵权人发现网络用户利用网络服务实施侵权行为的，有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施；网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。该规则并未明确要求电子商务平台服务提供者进行侵权判断，电子商务平台服务提供者为避免承担侵权责任，通常在接到通知后即采取移除措施。网络商户难以通过相对对应的通知程序要求恢复，只能与投诉人通过诉讼方式解决纠纷。即使网络商户证明其经营的商品并不构成侵权，最终其商品被恢复，该网络商户在商品被移除期间也会遭受重大损失。三是该规则被滥用的现象较为普遍。目前，利用现行法下仅有“通知—移除”规则，缺乏“通知—恢复”程序的制度漏洞，通过虚假通知、恶意通知的方式打击网络竞争对手的现象屡见不鲜，亟待规制。电子商务平台服务提供者为了维护网络商户的利益，开始对投诉人的通知进行审查，但是由于电子商务平台上交易的商品是否构成商标侵权或者专利权侵权的判断难度很大，电子商务平台服务提供者缺乏专业判断能力，效果并不明显，且容易导致电子商务平台服务提供者与投诉人之间的纠纷。

应当说，在涉及网络著作权保护的法律、法规和司法解释等已经完备的情况下，要根据特殊法适用在先的原则，首先适用特殊法的规定，特殊法没有规定的再适用一般法。因为在立法和制定司法解释的时候，都已经考虑了一般法和其他部门法律规定的情况，特别是最高人民法院关于网络著作权法律适用的司法解释，首先明确规定根据“民法通则、侵权责任法、著作权法和民事诉讼法等法律的规定”对网络案件适用法律若干问题进行解释。如果不严格适用，就会造成在不同的法院对同样已经明确规定的问题上法律适用不统一。当时的思路

是，对实践中出现的某些问题貌似新情况，已经被涵盖在著作权法、条例和司法解释等的规定中，就不必“百思不得其解”，不必再“创设”或者等待新法，而延误纠纷的处理。比如纠结一时的涉及“定时网络播放影视行为”的定性上，其实网络播放更靠近于网络传播行为，是一种网络传播的形式。“定时播放”的所谓“定时”，并没有改变传播的性质，属于网络传播权条例调整的范围。断续的侵权行为，难道就不属于网络提供的侵权行为吗？在定时播放的过程中，其行为特征完全符合网络传播行为的实质和特征，符合法律法规和有关国际条约关于互联网传播的定义。定时就像机器的开与关或者延迟开启而已。这似乎又是重复当年网络环境下著作权要不要保护的误解。

交互性并不是网络传播所独有的特点，交互性也并不神秘。交互性概念的外延通常也很宽泛。交互性并不能涵盖网络传播的本质属性。如果对一种行为的性质界定不清，自然对这种行为的法律规制就不可避免地发生谬误。传统和最普通的人类的面对面的传播，就具有交互性，或者称是交互式的。有问有答，传播者与受众的互动交流，都是常见的所谓交互式传播。再如“人机交互”、“人机互动”，就是指系统与用户之间的交互关系。其系统既可以是各种各样的机器，也可以是计算机化的系统和软件。人机交互的界面可以是小如收音机的播放按键，大至飞机上的仪表盘，甚或是发电厂的控制室。交互性，怎么可能属于网络传播的唯一特点或者最大、最突出的特点呢？先不必评价《著作权法》第10条的表述是否准确和完美，其实它只不过是国际权威或者国内国外对此问题通说的一种抄袭；仅就网络传播交互式 and 法条对交互式的表述来评价，一己之见，这都只不过是伪命题。

与网络传播最接近的交互，是作为计算机信息处理系统的交互式处理，也是计算机技术的最普通的特性。操作人员通过终端设备输入信息和操作命令，系统接到后立即处理，并通过终端设备显示处理结果。系统与操作人员以人机对话的方式一问一答，直至获得最后处理结果。特别对于非专业的操作人员，系统能提供提示信息，逐步引导操作者完成所需的操作，得出处理结果。这种方式与非交互式处理相比具有灵活、直观、便于控制等优点，因而被越来越多的信息处理系统所采用。但是，在脱离互联网的环境下，这些交互式行为显然

都不能成为网络传播行为。

我们再将《著作权法》第10条规定的、被一些观点认为是“交互式”特点表述的那句话拿来分析，“使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的行为”，它表述的是公众获取作品与以往广播等传播方式不同的一种获取方式，即获取作品的时间和地点都可以个人选定。要以交互的含义来分析，至多是属于“交互”式的或交或互的一个侧面。它如何也算不上对“交互式”的表述；认为它是交互式的表述，其实是一种误解、一种以讹传讹。

由于网络上侵犯著作权的行为和方式极为复杂，如何依法确定网络侵权行为的内涵和外延，司法实践中不同法院还是有不同理解和观点的。有的将网络传播权的原（始）侵权行为扩大到把链接和搜索视为网络传播权，实际上扩大了对原网络传播权外延的理解，偏离了当时立法和制定司法解释对此概念的含义界定。侵犯著作权的本质行为类别是复制（Copy），相应的在网络环境下立法将此种行为规定为传播。其实网络中无时不在重复着无数的“复制”，但立法已经将这些在网络环境下的相同的行为界定为“传播”。如果在传播行为中，再分解出复制，是否妥当，是否过于吹毛求疵？对传播行为外延的侵权行为不是不能予以调整控制，依法当然也可以制裁，但还不到需要颠覆整个制度的时候。传播行为外延的侵权行为应当满足构成要件，即必须是网络服务商的行为与原（始）侵权行为构成共同侵权时，才可以追究网络传播权行为外延的侵权行为。这里关键条件就是行为人的主观过错的问题，即其是否知道与应当知道用户传播的内容侵权，有无应尽的义务未尽。这个要件也已成为国际网络版权侵权法律规制和司法认定的共识。

一段时间里，司法实践莫衷一是的现象也着实令人担心：有的主张网络版权保护应当适用无过错责任原则；有的将帮助行为认定为直接侵权行为；有的离开现行法律和司法解释无视通知原则的适用；有的将别国的“红旗原则”奉为我国的司法原则，导致过大的自由裁量侵权的认定；“自作多情”的解释“传播”行为，使本来简洁的法律关系人为的复杂；过分在意功利的标新立异而不顾明确的法律规定，等等。这些对网络版权保护并无益处，而对社会大众获取信息的正当权利，对发挥信息产业在国家经济发展中的作用会产生不适当的影

响，也影响了法律规制互联网产业的权威与稳定性。期待版权新立法和相应更加准确的司法解释，能给予更清晰的政策导向，防止和减少网络乱象。

还要再次感谢北京知识产权法院（2015）京知民终字第559号判决书通过个案对具体行为认定做出的澄清：“通过演示可以看出，点击不同内容所跳转的页面涉及不同网站的不同页面，因被上诉人对于这一演示过程与涉案公证过程具有一致性表示认可，故本院认为兔子视频提供的被诉内容系来源于其他网站，而非来源于兔子视频的服务器。据此，上诉人认为兔子视频提供被诉内容的行为属于链接服务提供行为的主张成立，本院予以支持。被上诉人认为该行为属于信息网络传播行为的主张不能成立，本院不予支持。”该段判决内容认定网络链接与网络传播系属不同性质的行为，表述得朴实而清楚明确，同样在网络著作权案件审判中具有里程碑的作用。

对未来发展趋势和应对的措施，有这样几个问题应当予以注意。

第一，要坚持网络环境下知识产权保护的底线，促使知识产权与网络技术、增值服务平台的完美结合。不使网络充满垃圾，就要保护网络著作权等知识产权；原有的版权产业也应当接受信息技术网络环境的挑战，否则落伍失败的原因有可能不是盗版假冒侵权，而是新技术的挑战与淘汰。

第二，知识产权保护与公众获得信息权的平衡。公众有权获得其应得到的信息，是社会和谐与稳定的基石，这是很根本的大问题。知识产权的使用要服务社会，同时与保护网络著作权相平衡。倡导知识产权保护最强烈的美国，其宪法却恰恰规定知识产权保护与公众获得信息权的平衡则是整个知识产权法律制度的基石。社会公众对信息的获得，关系到一个文明社会建立的基础；著作权等保护的终极目的也是满足社会公众对高质量作品和信息的需要。近年来，有不少观点在讨论新闻的版权保护。在探讨此问题时，我们不可忽略版权保护与公众获得信息权平衡的原则，同时不可忽视我国新闻运营制度与发达国家新闻运营制度的明显区别与不同，以及涉及新闻作品属性与合理使用等版权制度内在的特殊性。忽略和漠视这些原则和不同，功利地追求版权效益并不可取。

第三，保障网络安全是网络发展、规制和管理的基础和首要任务。从现在

的情况看，网络环境下对著作权等知识产权的保护，倒不是最突出的网络法律问题了。网络安全问题以及危害少年儿童的黄赌毒、违法有害信息等问题，则更需要公权力的介入解决和全社会的共同关心。

第四，要创建、完善与网络信息业发展相适应的制度和理论的研究，理论研究要与飞速发展的信息产业相适应。要对互联网、移动互联网等信息产业高速发展以及带来的问题与应对，始终保持科学、冷静的理论思考。

03 慈善事业的公信力契机

——基于区块链建构的公信力模型

蔡维德 赵精武

蔡维德 北京航空航天大学千人计划教授

工信部工业和信息化法治战略与管理重点实验室

高级研究员 计算法律学专家

亚利桑那州立大学名誉教授

中国-欧盟开源软件联盟) 副理事长

赵精武 北京航空航天大学博士研究生

当前我国慈善事业不断发展壮大，慈善组织数量不断激增，专业化程度不断提升，但囿于郭美美事件及中非希望工程等事件的重创，全社会迫切呼唤重建慈善行业的公信力。我国慈善行业发展过程中存在主体界定不清晰、财务不透明、管理效率低下、行业监管缺乏有效手段等一系列问题。随着区块链技术的飞速崛起，2015年《经济学人》杂志刊文宣称，区块链已被公认是基于加密算法、非人治的科学公信力机制¹。从重塑慈善行业公信力和节约慈善项目运行管理成本的角度来看，利用区块链技术建构的慈善组织公信力模型，可以为慈善行业健康发展提供一个可行的技术方法。

1 见：The trust machine(Link:<http://www.economist.com/news/leaders/21677198-technology-behind-bitcoin-could-transform-how-economy-works-trust-machine>.)

1. 慈善组织的价值及需求

公信力是慈善组织的生命线，其地位不言而喻²。慈善公信力指在社会系统中获得的社会认可和公众信任的程度³。其内涵既包括捐赠人对慈善组织的信任，也包含慈善对象对慈善组织的信任，还包括普通民众对慈善组织的信任。换言之，慈善事业是各方通力合作完成，需要来自各方的相互信任。随着郭美美因赌博而身陷囹圄，针对红十字会的闹剧似乎已尘埃落定，但是细细盘点，除了郭美美事件外，红十字万元餐事件、河南宋庆龄基金会雕像事件、西安宝马彩票事件⁴、中非希望工程事件等一系列打击，慈善行业公信力似已千疮百孔，如何从这样公信力的“荒漠中汲取甘泉”，如蜀道之难。当前，各个领域的专家学者对慈善公信力的关注逐渐增多，但多局限于理论的探讨，并没有对如何重建公信力提供合理的理论模型。“学院派”的观点显然不利于恢复、重建慈善行业的公信力。如何为重建公信力提供一个切实可操作的理论模型才是值得学者真正关注的问题。国际著名资讯机构麦肯锡公司对中国慈善行业做出这样的评价——“中国社会并不缺少善心，缺少的是对公益组织的信心”，笔者深以为然。慈善行业虽失去了公信力，但我们仍然有公信力重建的土壤，合理配置公信力模型，仍有重建慈善公信力之可能。

根据 2014 年英国政府的研究报告显示，人们对于公信力最为关注的核心是慈善机构如何使用其收入。报告显示，英国每年约有 40% 的人需要通过慈善行业的帮助才可以维持日常生计，这样一个数据比 2013 年的 34% 整整高了有 6% 之多⁵。慈善组织秉承道德为核心驱动方式，对国家置若罔闻或力所不能及的领域施以人道主义的帮扶，之所以对其如此推崇，正是在于其极大补足了政府福利和社会公

2 见：THE TRUST REPORT(link:<http://www.charitystar.org/wp-content/uploads/2011/05/The-Trust-Report1.pdf>)

3 杨思斌，吴春晖.慈善公信力：内涵、功能及重构[J]. 理论月刊，2012(12).

4 历时近 9 个月反响强烈 西安宝马彩票案事件回放：http://news.xinhuanet.com/legal/2004-12/03/content_2290707.htm. 访问时间，2016 年 1 月 14 日.

5 见：report from UK (Link: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/361441/public-trust-and-confidence-in-charities-final-200614.pdf)

益事业的漏洞与不足。慈善行业核心主要有六点⁶：

(1) 对捐赠者和获捐者的绝对诚信，主要指捐赠的金钱必须用于先前约定的用途，慈善组织不得从中抽成或将善款用于行政管理。

(2) 绝对开放资金来源，主要包括捐献金额、接受捐赠流程等。

(3) 绝对开放资金去向，慈善机构的经营方式、善款去向决策原因、决策过程、决策数据和经营方式。

(4) 避免“利益的冲突”，慈善活动的动意要向大众公开，不可捐赠给自己的亲友，不得帮助本无须援助的人，同时要绝对保证避免与政府利益挂钩。

(5) 绝对的保密性，许多捐赠者和获捐者并不希望自己的信息暴露在阳光下，希望可以隐去其信息，避免自身受到伤害。

(6) 对各方主体绝对的尊重，对于慈善机构供职人员、捐赠者、获捐者、慈善机构志愿者等主体绝对的尊重。

但我国的慈善组织仍有所欠缺，尤其是第 2 点和第 3 点基本处于空白，当前我国捐献金额的公开主要以季度为单位进行公开，且并未详述每笔捐赠资金去向，政府对慈善机构疏于监管的情形也时有发生。

2. 当前慈善行业组织及乱象存在的问题

2.1 配套法律制度的缺位

在《慈善法》出台之前，我国只有《公益事业捐赠法》、《基金会管理条例》等框架性立法，未涵盖组织运作、财产披露、设立等细则方面内容。2016 年 3 月 16 日通过的《慈善法》基本弥补了慈善领域基本法的空白，利于重振慈善公

⁶ 见：How Ethical Is Your Nonprofit Organization? (Link:<https://www.guidestar.org/Articles.aspx?path=/rxa/news/articles/2004/how-ethical-is-your-nonprofit-organization.aspx>)

信力，对推动我国慈善事业健康发展具有极为重要的意义。具体规定了慈善组织设立的条件、运作模式，慈善募捐、捐赠、信托等开展方式，慈善财产の利用，信息公开制度，监督管理主体及职责等方面。但是，此法于2016年9月1日才开始施行，其具体落实情况、相关部门的配合机制仍没有得到有效的呈现。

2.2 权力僭越，监管主体的失察

当前对于慈善事业的监管，《慈善法》第92条规定，主要由县级以上人民政府民政部门对慈善活动进行监督检查，对慈善行业组织进行指导，但具体监管方案尚不明朗，例如，中国红十字基金会（简称中国红基会）是中国红十字会总会主管、经民政部登记注册的具有独立法人地位的全国性公募基金会，其与民政部门显然存在隶属关系。自2011年起，民政部计划将慈善类组织，统一从社会组织中剥离，单独由慈善司负责，并开展单独的行业监管。慈善类组织，将改变先找“业务主管单位”，再到民政部门登记注册的双头管理局面。这一美好的设想到目前为止仍然未能落实，我国慈善组织依旧由民政部单独管理、审计。媒体及社会各界人士虽然有意成为监管主体，保证慈善行业运营的公开透明，但囿于自身法律主体的不适格，只能扼腕叹息。如何改变单一主体监管局面，不得不值得深思和探讨。但是《慈善法》也强调鼓励公众、媒体对违法慈善活动进行曝光，发挥社会监督作用，显然当前政府的主流做法对解决问题的方法和建议有失偏颇。

目前对于如何解决慈善组织公信力问题的主流观点是认为应当加强信息的公开透明。诚然，信息公开的确是有效方法，但在具体实施上却面临窘境，且其并非组织公信力难以重构之实因。以红十字会为例，2014年红十字会为挽回公信力，公布了其年度收支账目，但民众并不买账，造成红十字会捐赠收入持续滑坡⁷。要注意，慈善组织的信息公开只是问题的表征，信息不公开不透明并非都基于慈善组织的主观故意。问题的实质在于多年来我国慈善组织的机构建

⁷ 经笔者查阅，中国红十字会总会迫于压力曾开放捐赠信息发布平台，不知为何目前该网已被关闭：<http://fabu.redcross.org.cn/>。访问时间：2016年1月14日11时。也可参见市红十字会公布收支账目：<http://news.163.com/14/1225/05/AE9NQ7HI00014AED.html>），访问时间：2016年1月14日。

设、人才队伍建设、信息系统建设相对落后，缺乏项目全流程监督管控机制和手段，客观上也仅仅能够公开部分信息，做不到全过程信息公开。这样公开的结果只能起到扬汤止沸的效果，难以服众。之所以公信力问题没有改观，深层次的内因在于没有找到合适的、低成本解决社会公信力的手段和方案，那么加强慈善组织的内部管理规范化，提高慈善项目信息公开透明度及提升政府对慈善组织的治理能力自然成了一句空话。

2.3 公信力修复的多元化难题

慈善公信力并非一般的信任关系，其非传统的一对一关系，由于慈善事业关乎社会公共事务及公共利益的价值属性，致使其需要获得包括公众、媒体、受益人、志愿者乃至政府等各方信任，形成了复杂的多对多的公信力格局。由于公信力主体的多元导致公信力构建和修复过程的复杂性及长期性。

3. 如何重建慈善事业的公信力格局

3.1 基于区块链技术创造全新的公信力模型

信息披露的质量和传递方式会在一定程度上影响公信力的构建。如前所述，当前慈善机构捐赠信息主要由机构决定披露方式及内容，没有统一的细则，民政部门只是起到备份的作用，因此实践中难以做到全行业、全流程、全方位地监督和管控。问题也随之而来，若是民政部等政府主管部门一旦失察或疏于管理，慈善机构即可擅用善款，肆意浪费，甚至中饱私囊，严重违背捐赠者的初衷和本意，进而打击了进一步的捐赠意愿。加之我国的慈善组织大多隶属各级政府部门，如中国红十字会与民政部为隶属关系，其特殊的利益关系使得政府的公信力在这时很难发挥作用，应对处理不当甚至会造成政府公信力的损失，陷政府部门于尴尬境地。慈善机构作为唯一掌控全面信息的主体，虽有披露义务，但仅是一种选择性义务，存在主观意愿和客观能力等方面的制约，显然并不能建立真正意义上的公信力。

笔者认为采取区块链技术可以建构起基于多方共识的、真正意义上的公信

力新模式。区块链是近六年产生的一项新技术，世界上多家银行，如美国中央银行、英国央行、瑞士银行和西班牙银行等，以及保险公司、经纪商和期货公司都正在利用区块链技术进行相应的技术开发，以期将区块链技术应用用于诸如数字货币、证券交易、支付结算等业务中，这些业务共同点在于其需要强大的信用支持，而这种信用往往需要政府甚至国家信用背书才能建立，如今，大家正在尝试利用区块链技术重塑信用格局和信用体系⁸。

一个值得信赖的慈善组织的内部架构应当包含以下三项因素：（1）完善的项目执行负责机制；（2）人员流动情况全面公开；（3）组织机构向社会公开。

只有捐赠者相信其捐款真正用于慈善事业，没有被滥用的风险，人们才会自愿把钱捐赠出来，这就是慈善公信力的最初模型。哈佛商学院（Harvard Business School）报告显示⁹，一个完善的慈善组织信息应当包含四点：①资质完全符合国家法律；②善款使用过程完全公开；③能够给予善款使用理由；④遵守相应的法律规定，对不遵守法律规定的给予适当惩戒。基于上述四点，对于不能解释善款用途、内部机制不透明、存在违法现象，慈善机构均应该受到相应的处罚。

基于前文，笔者认为可以从技术视角采用区块链技术构建全新的制度模型，该模型应包含如下要点（详见图 5-1）。

第一点——诚信的公开模型。慈善组织必须把他们的善款来源、善款数额、善款去向决策原因、决策过程，全部公开并及时报备。

第二点——配套的法律规范。慈善组织必须要将组织的架构、运作原则、法

8 见 The Trust machine (Link:<http://www.economist.com/news/leaders/21677198-technology-behind-bitcoin-could-transform-how-economy-works-trust-machine>.)参见巴比特资讯译稿：《经济学人》区块链，信任的机器。链接：https://www.baidu.com/link?url=WOFyWdayMq2eWHFr5pef3VQe5GVTsJjh5355ow56fgLw5oy_8wrPIeSqzlt-gpgs&wd=&eqid=88f5717c00060763000000035697a437。访问时间：2016 年 1 月 14 日。

9 见：The Many Faces of Nonprofit Accountability link: <http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/10-069.pdf>.

律依据、实际的工作流程加以公开。《慈善法》第 70 条具体列举了应向社会公开的慈善信息，虽然进一步完善了慈善信息公开制度，但是，没有具体落实到慈善活动的每一环节。任何慈善事业的行为必须做到客观且可预测。例如，运食物给某个家庭，必须将食物重量、种类、供给地区、供给的时间进行全过程的公开。即便涉及隐私可以将部分人员姓名隐去，但是过程数据必须公开。

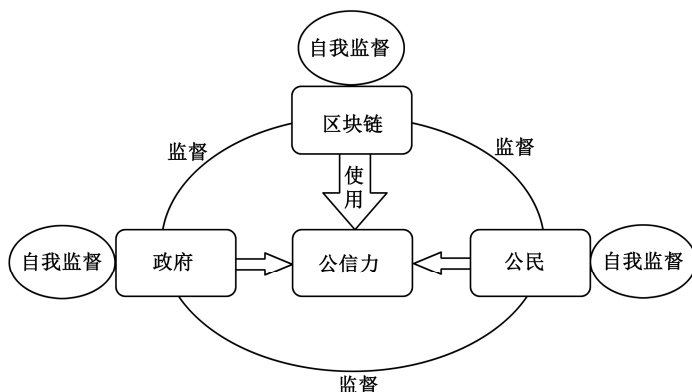


图 5-1 从技术视角采用区块链技术构建全新的制度模型

第三点——适当的监管机构。《慈善法》规定仍由县级以上人民政府民政部门对慈善活动进行监督检查，虽然也鼓励支持第三方机构对慈善组织进行评估，鼓励公众媒体发挥社会监督作用，但是后者只是辅助监督，真实决策仍为与民政部门不乏存在公立部门间的利益衡量。应当选择恰当的监督机构，可以选择非政府组织或媒体等作为监管机构，应当设立监管委员会，负责认证慈善机构，并进行监管。监管委员会每个成员对慈善机构进行观察、监管，且每一组织行为独立，并不受制于慈善机构，与慈善机构无涉。当然监管机构之间也应当相互监管，避免恶意评估，导致监管机构与慈善机构勾结。

第四点——配套的问责机制。被选择的监管机构应当赋予一定的权力，例如关闭慈善机构，或者退还捐款。基于仲裁的灵活、便捷及迅速，可以尝试配套相应的仲裁机制。例如：一个在慈善组织内部乱花钱的员工，可以由第三方动

意提请仲裁，要求慈善机构承担相应的法律责任。可参考美国股票市场争端诉诸美国金融业监管局的解决方式，引入第三方的仲裁机制¹⁰。

第五点——完备的沟通方案。慈善机构必须有责任和义务，对大众以及捐款或者被捐款人，说明使用流程，若不说明，应当承担相应的责任，例如退还善款、自动解散慈善机构等，避免红十字会乱象再次发生。

慈善机构区块链的运作原理如下。

（1）创建。通过创建一个内涵资金捐赠额来源、资金去向、善款去向决策原因、决策过程，决策数据和理由的数据块，并对数据块中所有数据进行加密，所有的数据上均有时间戳。

（2）加密。当一个新的慈善数据块被创建时，它同时也使用了前一个数据块的地址作为加密的一部分。因本块的地址将在下一个数据块中使用，如果试图改变任何一个现有的数据块，所有后续数据块都必须被改变。

（3）监管。网络上由许多节点记录了整个区块链的信息，每个区块链的节点信息都可视为独立的备份。将这些节点可置于政府及非政府组织、媒体的监管之下。捐赠人可以借助该技术查询与其相关的捐赠信息，还原捐赠过程。在笔者假定的模型中有三方掌握节点：慈善机构；政府；监管机构（包括非政府组织及媒体）。

（4）更新。只有当大多数节点的内容与新区块的内容一致，新的区块才可以进入区块链，该过程由投票来决定，而每一个节点都有独立的投票权，并不受其他节点的挟持。

（5）欺诈。如果某一个掌握节点的组织，例如非政府组织、政府，试图更改一个现有区块，那么它必须改变该区块之后的所有区块，并且每个掌握节点的非政府组织都将会发现这一点，并公开试图更改节点内容的这一行为。

¹⁰ 根据美国金融业监管局报告显示，约 99% 的股票纠纷通过仲裁的方式解决。网址：www.finra.org。访问时间：2016 年 1 月 14 日。

3.2 将区块链技术应用在慈善组织的价值

信任在行业内主要具有扩散效应和收缩效应，经由组织回馈行业，信任在行业内具有扩张效应，主要指由内向外的、公众对一个组织的信任进而对一个行业信任，即由慈善组织的信任带动整个行业的公信力构建。由于初期区块链技术不会被全部的慈善组织所认可，采取扩散效应，培植一两个慈善组织，由点及面进而推及整个慈善行业的公信力构建。这样做的好处体现在以下几个方面。

（1）有助于厘清政府与慈善机构的界限。

采用区块链的公信力模型可以在一定程度上划清不同主体界限，划清行政部门和慈善行业之间的利益关系。以西安宝马彩票案为例，因为官商勾结，行政力量渗透到慈善领域才导致上述情形的发生。若采用区块链技术，引用客观中立的第三方作为监管主体并掌握节点，从技术上划清了商业运作和慈善行业的关系，避免政府人员以权谋利。

（2）有助于完善慈善行业的信息披露。

卡纳基基金会主席曾云：“慈善事业要有玻璃做的口袋。”区块链的主要属性为数据的不可更改性、可追踪性及数据存储的可靠性。由于不同的主体掌握节点，数据的公开性可以绝对地保证。

（3）有助于慈善组织与民众的双向互动。

现代社会使得互联网信息变得难以辨别，慈善组织的信任重构过程中，信息的质量与传递方式显得尤为重要。慈善区块链技术中，由于节点信息被多数主体所掌握，公众可以在第一时间掌握慈善组织内部和外部的可靠、有效、真实的信息，且信息的完整性、过程的即时数据全部被一一记录，避免传统数据传输的过程复杂、信息漏损的情形发生，增强慈善组织的信任感。

（4）有助于提升慈善行业公信力。

如前所述，将区块链技术应用用于慈善组织，率先培植少数慈善组织，进而

由点及面，推及整个慈善行业的公信力构建，打造慈善行业的公信力格局。

4. 结语

康德曾言：有两种东西，我们越经常持久地思索，它就会使我们的的心灵充满日新月异和与日俱增的景仰和敬畏之心：在我之上的星空和居我心中的道德法则¹¹。笔者一直认为，慈善事业的蓬勃发展正是对道德的最高的荣耀和表彰。若要重构慈善行业的公信力，可以考虑应用区块链技术，一方面要进一步加强慈善行业的外在规制性，完善配套治理手段，加强立法，另一方面要强化慈善组织内部规范运营。经由区块链技术完善信息披露，可在外在规制性与内在主体性、客观约束性与主体能动性之间面向不同维度，打造慈善组织乃至慈善行业的全新公信力格局！

11 康德著. 韩水法译. 实践理性批判[M]. 北京：商务印书馆，1999:177.

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。
版权所有，侵权必究。

图书在版编目（CIP）数据

互联网法律 / 中国互联网协会编著. —北京：电子工业出版社，2016.10
（互联网+）
ISBN 978-7-121-29087-9

I. ①互… II. ①中… III. ①互联网络—科学技术管理法规—研究—中国 IV. ①D922.174

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2016）第 134066 号

策划编辑：刘声峰（itsbest@phei.com.cn） 黄 菲
责任编辑：刘声峰 特约编辑：徐学锋 文字编辑：高莹莹
印 刷：三河市鑫金马印装有限公司
装 订：三河市鑫金马印装有限公司
出版发行：电子工业出版社
北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036
开 本：720×1 000 1/16 印张：38.25 字数：593 千字
版 次：2016 年 10 月第 1 版
印 次：2016 年 10 月第 1 次印刷
定 价：85.00 元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题，请向购买书店调换。若书店售缺，请与本社发行部联系，联系及邮购电话：（010）88254888，88258888。

质量投诉请发邮件至 zlts@phei.com.cn，盗版侵权举报请发邮件至 dbqq@phei.com.cn。

本书咨询联系方式：39852583（QQ）。

